This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

WIDENER LIBRARY
HX GFE8 H

AH 7203.141

R/Bd. 1 — 48 u.
Serie d. Bücher 37. 38
Thl. 4 und 5 nebst 4 Reglbdn
(1-47 à 3 Reglbde gebd
3 Bde broch

Harvard College Library

FROM

THE LIBRARY OF

PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 22 May, 1890.

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Erster Theil.

Zweyte durchgängig verbesserte und vermehrte Ausgabe.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1797.

~~VI 9255~~
AH 7203.141
HARVARD COLLEGE LIBRARY

1890, May 22.
From the Library
Prof. E. W. Gurney.

Vorrede
zur zweyten Ausgabe.

In dieser neuen Ausgabe, welche ich hier von dem erstern Bande meines Commentars dem gelehrten Publikum vorlege, bin ich bemüht gewesen, die Mängel der erstern zu verbessern, und meiner Arbeit die möglichste Vollkommenheit zu geben. Ich habe daher nicht nur von den Bemerkungen meiner Herren Recensenten, da wo ich sie gegründet fand, Gebrauch zu machen gesucht, sondern mich auch insonderheit bemüht, sowohl den Ausdruck, wo es nöthig schien, zu berichtigen, als auch in der Sache selbst das Werk theils durch Zusätze, theils durch Abkürzungen, so weit es nämlich ohne Nachtheil der Gründlichkeit geschehen konnte, zu seinem Zweck noch brauchbarer zu machen. Man wird daher fast keinen Paragraphen ganz ohne alle Verbesserung finden, besonders aber sind die Lehren von den Quellen der Verbindlichkeit, von der Auslegung der Gesetze, von der Anwendung und Verbindungskraft derselben, ferner die Lehren von dem Gewohnheitsrechte und den Privilegien, theils neu bearbeitet, theils vollständiger ausgeführt worden. Die neuern Schriften, welche die in diesem ersten Theile abgehandelten

Ma-

Materien betreffen, habe ich gleichfalls nicht bloß angeführt, sondern selbst nach Möglichkeit benutzt, und überhaupt den Mängeln der Litteratur überall abzuhelfen gesucht. Nicht selten habe ich mich auch zur Bestärkung meiner Meinung vorzüglich da, wo ich von meinem Verfasser abzugehen nöthig fand, auf das neue allgemeine preussische Gesetzbuch bezogen, um dadurch dieser neuen Ausgabe nicht nur eine besondere Zierde zu verschaffen, sondern auch zugleich dieses Werk für den preussischen Rechtsgelehrten desto brauchbarer zu machen. Ueberhaupt wird ein aufmerksamer Leser bey Vergleichung dieser Ausgabe mit der vorigen den Fleiß leicht bemerken müssen, den ich zu seinem Nutzen auf die Verbesserung und Vervollkommnung der gegenwärtigen verwandt habe. Beyspiele hiervon weiter anzuführen, schien mir um so weniger nöthig zu seyn, da diese Verbesserungen und Zusätze für die Besitzer der erstern Ausgabe auch besonders gedruckt worden sind, es bleibt mir also nichts weiter übrig, als diese neue Arbeit der Nachsicht und dem Wohlwollen des geneigten Lesers bestens zu empfehlen. Erlangen den 12. October 1797.

D. Christ. Fried. Glück.

Erstes

Erstes Buch.

Tit. I.

De iustitia et iure.

§. 1.

Schriften; verschiedene Bedeutungen des Worts *ius*.

Die ersten vier Titel der Pandecten enthalten blos allgemeine Begriffe und Wahrheiten vom Rechte überhaupt, und den mancherley Gattungen und Quellen desselben, und sind gleichsam als Vorbereitungsgründe der bürgerlichen Rechtsgelahrtheit anzusehen. Dieselben vorauszuschicken, war auf jeden Fall nöthig, man betrachte nun die Pandecten des K. Justinians als einen Volkscodex [1]), oder, welches sie nach der Absicht des Kaisers gleichfalls seyn sollten, als ein zum wissenschaftlichen Unterricht aptirtes Rechtssystem. Der Anfang wird mit Bestimmung der Begriffe von

1) Daß billig in einem Volksgesetzbuche, eben so wie in allen andern Lehr- und Unterrichtsbüchern, zuförderst allgemeine Grundsätze des Rechts vorausgeschickt, und bey jeder Materie ein richtiger Hauptbegriff angegeben werden sollte, hat neuerlich der Verfasser des Versuchs eines Auszugs der Röm. Gesetze, in den Anmerkungen zum I—IV. Buch der Pandecten S. 97. u. f. richtig bemerkt, und das neue Gesetzbuch für die Preußischen Staaten giebt ein musterhaftes Beyspiel davon.

von Recht und Gerechtigkeit gemacht. *Nam iuri operam daturum*, sagt Ulpian gleich im Anfange dieses Titels, *prius nosse oportet, unde nomen* IURIS *descendat. Est autem a* IUSTITIA [2]) *appellatum, nam (ut eleganter* (CELSUS *definit)* IUS *est ars boni et aequi.* Unter den mancherley Schriften über diesen, und zugleich etliche nachfolgende Titel sind folgende zu empfehlen. *Alb.* BOLOGNETUS de Lege, Iure et Aequitate. *Romae* 1570. fol. *Guil.* MARANI Commentarius de aequitate sive iustitia, in

2) Viele haben den Ulpian wegen dieser Derivation des Worts *ius* von Iustitia getadelt, weil nach den Regeln der Grammatiker das Wort *ius* vielmehr a iubendo, und *Iustitia* von ius abzuleiten sey. Andere hingegen haben ihn gegen diesen Tadel zu rechtfertigen gesucht. Die verschiedenen Meinungen hier anzuführen, halte ich für unnöthig. Man sehe RAEUARD in Variis Lib. I. c. 2. MENAGIUS in Amoenitat. ius. civ. c. 39. *Gregor.* LOPEZ MADERA in Animadversion. iur. civ. (Colon. Agripp. 1594. 8.) cap. 1. *van der* MUELEN ad h. Tit. L. 1. und *Ger.* NOODT in Comment. ad Digesta h. t. Soviel sieht man wohl, daß Ulpian mehr philosophisch als grammatisch verfahren, und denjenigen Ursprung des Worts *ius* angeben wollen, woraus der Begriff der Sache selbst entstanden ist. Da er nun ius als eine Wissenschaft betrachtet, welche in der Erkenntniß dessen, was in jedem gegebenen Falle recht und billig ist, bestehet, und folglich die Handhabung der Gerechtigkeit zum Endzweck hat, so läßt sich's in sofern wohl vertheidigen, wenn er das Wort ius ganz im Geiste der stoischen Lehrart von iustitia hat ableiten wollen. S. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Commentar. T. I. pag. 37. (*Cervariae. Lacetanor.* 1757.) *Gir. Steph.* WIESAND Vindiciae L. 1. §. 1. D. de Iust. et I. Lipsi. 1764. und *Car. Frid.* WALCH in not. ad ECKHARDI Hermenevt. iuris lib. I. cap. IV. §. 134.

in *Oper.* Tom. I. *Thomae* PAPILLONII Commentarii in IV. priores titulos Libri I. Digeſtor. in *Ger.* MEERMANNI Theſauro iur. civ. et canon. Tom. II. p. 570. *Wilh. van der* MUELEN Exercitationes in titulum Digeſtor. de iuſtitia et iure, et Hiſtoriam Pomponii de origine iuris. Trajecti ad Rhenum 1723. 4. *Io. Conr.* STIEGLITZII Fontes iuris civ. Rom. ſecundum ordinem Pandectarum collecti. Specim. I. ad tit. Digeſtor. de iuſtitia et iure. Lipſiae 1779. 8. Die kleinern academiſchen Schriften über dieſen Titel von *Ge. Chriſt.* GEBAUER, *Ioachim Ge.* DARIES, *Aug. Frid.* SCHOTT und *Georg. Chriſtoph.* NELLER, deſſen verſchiedene Commentationen in ſeinen von *Ge. Phil. Chriſt.* LEUXNER zu Trier 1787 herausgegebenen Opuſculis T. I. P. I. befindlich ſind, werde ich bey Gelegenheit anführen.

Was heißt nun IUS? dieſes Wort hat in unſern Geſetzen mancherley Bedeutungen [3]). Verſchiedene derſelben werden zwar in der *L.* 1. 11. u. 12. *D. h. t.* angegeben, jedoch kommen noch mehrere in andern Stellen unſers corporis iuris vor. Die vornehmſten ſind folgende.

1) Bedeutet *ius* ſo viel als Geſetz. Dieß iſt die originelle und eminenteſte Bedeutung dieſes Worts, von welcher alle übrigen abſtammen. So ſagt z. B. Ulpian in der *L.* 9. *D. de Legib.* non ambigitur, Senatum *ius* facere poſſe.

3) S. *Ier. Eb.* LINCK Diſſ. de iure variisque eius ſignificatibus. *Argent.* 1741. *Ge. Chr.* GEBAUER Diſſ. de iuſtitia et iure. Goett. 1738. §. 6. ſqq. und *Ge. Chr.* NELLER Princip. iuris, de iure, quod tribuit iuſtitia, EIUSD. Diſſ. de bono aequo et iuſto. (in *Opuſc.* T. I. P. I. Nr. 3. et 4.)

posse. Noch zu Ulpians Zeiten zweifelte man nicht, daß der Senat Gesetze machen könne; nur mußte er eine Veranlassung dazu vom Kaiser bekommen, oder es mußten wenigstens seine Verordnungen vom Kaiser bestätiget werden [4]). In eben dieser Bedeutung wird gesagt, es geschehe etwas *ipso iure*, wenn es eine unmittelbare Wirkung der Gesetze ist, ohne daß erst die Handlung eines Menschen hierzu erfordert wird [5]). So z. E. acquiriren die Kinder, welche bis an den Tod ihres Vaters in desselben Gewalt geblieben sind, die väterliche Erbschaft *ipso iure*.

2) Heißt auch *ius* jede andere verbindliche Norm, welche Gesetzeskraft hat. Schon die Zwölftafelgesetze verordnen in dieser Bedeutung: Paterfamilias uti legassit, ita *ius* esto [6]); das Testament eines freyen Bürgers soll Gesetzeskraft haben; und eben so wird in mehreren Stellen des römischen Gesetzbuches [7]) gesagt: *ius* ex sententia iudicis fieri, d. i. ein richterliches Erkenntniß mache unter den Partheyen eine verbindliche Norm. Auch die Praxis oder der Gerichtsgebrauch wird in den Gesetzen unserer Pandecten *ius* genennt, weil derselbe, wenn er die Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts an sich trägt, Gesetzeskraft hat. Sehr oft findet man daher, daß die römischen Rechtsgelehrten sich des Ausdrucks bedienen: *hoc iure uti-*

4) *M. C.* CURTIUS in Commentar. de Senatu Rom. post tempora lib. reip. Lib. III. c. 2. §. 57.

5) *Henr.* COCCEJI Disc. iurid. de eo, quod fit ipso iure. *Heidelb.* 1678.

6) L. 120. *D. de Verb. Signif.*

7) L. 50. §. 1. *D. de legat.* 1. L. 17. §. 1. *D. de inoff. test.*

utimur [8]), wodurch ſie anzeigen, daß die von ihnen behauptete Meinung auch in der Praxis angenommen ſey.

3) Wird auch *ius* dasjenige genennt, was mit den Geſetzen übereinſtimmt, und entweder weſentlich gut und billig iſt, oder doch wenigſtens den Bürgern eines gewiſſen Staats nach ihren beſondern Verhältniſſen nützlich iſt. Hierher gehört, wenn Paulus [9]) ſagt: *Ius* pluribus modis dicitur: uno modo, cum id, *quod ſemper aequum ac bonum eſt*, ius dicitur, ut eſt ius naturale: altero modo, *quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile eſt*, ut eſt ius civile [10]). In dieſer Bedeutung unterſcheidet man zwiſchen wirklichem Rechte, und förmlichem Rechte [11]). Letzteres iſt zwar in Vergleichung mit den natürlichen Geſetzen nicht immer wirkliches Recht, allein in den Gerichten muß doch auch das als wirkliches Recht gelten, was einmal rechtskräftig dafür erkannt worden iſt. Selbſt die gemeine Wohlfarth erfordert dieſes, damit die Rechtshändel ein gewiſſes Ziel haben, und nicht

8) *L.* 27. §. 1. *in fin. D. de pact. L.* 25. §. 7. *D. de heredit. petit. L.* 3. *pr. D. de agnoſc. et alend. lib. L.* 16. §. 9. D. *ad SCt. Trebell.*

9) *L.* 11. *D. h. t.*

10) S. Verſuch eines Auszugs der Röm. Geſetze, 1. Th. S. 98.

11) Man vergleiche Juſt. Möſers Abhandl. von dem wichtigen Unterſchiede des wirklichen und förmlichen Rechts (in den weſtphäl. Beyträgen zum Nutzen und Vergnügen 1780. Nr. 30. und in der Berliniſchen Monatsſchrift 1783. S. 506.) S. auch Weber in der ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 94. S. 437. ff.

ewig dauern mögen. Wenn daher z. B. ein Schuldner durch einen ungerechten Ausspruch des Richters ist losgesprochen worden, so macht dennoch das rechtskräftige Urtheil, wodurch der Schuldner für nicht schuldig erklärt worden ist, den vollgültigsten Beweis der Nichtschuld aus [12]): quia res iudicata pro veritate accipitur [13]).

4) Eine Hauptbedeutung des Worts *ius* ist ferner die, wenn es für ein moralisches Vermögen, etwas thun oder unterlassen zu dürfen, genommen wird. Hier heißt es eben das, was wir im Teutschen ein Recht, eine Befugniß, eine Freyheit, eine Gerechtigkeit nennen. So sagt man, man habe ein Pfandrecht, ius pignoris, eine Jagdgerechtigkeit, ius venandi, eine Steuerfreyheit. In dieser Bedeutung nimmt auch Ulpian das Wort *ius* in seinem Begriffe von der *iustitia*, wenn er sie in einer constanti et perpetua voluntate, *ius suum cuique tribuendi*, (d. i. einem jeden dasjenige zu geben und zu lassen, was ihm nach den Gesetzen gehört) setzt. Ein solches Recht kann uns nun entweder über gewisse Personen oder über Sachen zustehen, daher wird

5) die Gewalt, die ein Hausvater über die zu seiner Familie gehörige Personen hat, *ius* genennt, und die Menschen werden in Absicht auf den Familienzustand in homines *sui iuris*, und homines *alieni iuris*, eingetheilt, je nach-

12) STRYK D. de absoluto per sententiam iniustam ad effectus civiles non obligato. Halae 1710.

13) *L.* 207. *D. de. Reg. iur.* In der *L.* 25. *D. de Statu hom.* und *L.* 29. §. 5. *D. mandati*, kommen mehrere Beyspiele vom förmlichen Rechte vor.

nachdem ſie dieſer häuslichen Gewalt entweder unterworfen ſind, oder nicht [14]). Eben ſo muß

6) unter dem Worte *ius* bisweilen ein moraliſches Verhältniß gewiſſer Perſonen gegen einander verſtanden werden, worauf ſich gewiſſe Rechte und Verbindlichkeiten gründen. Hierher gehört, wenn **Marcian** [15]) ſagt: Nonnunquam *ius* etiam pro neceſſitudine dicimus; veluti eſt mihi *ius cognationis* vel *affinitatis* [16]).

7) heißt *ius* ſoviel, als die Qualität der Sache, welche mir ein Recht giebt [17]), desgleichen der Titel, oder rechtliche Grund, vermöge deſſen ein dingliches Recht erworben werden kann, wie man aus den *L.* 10. *D. ſi ſervit. vindicetur* und *L. ult. D. de aqua et aquae pluv. arcend. act.* erſiehet.

14) *Pr. I. de his, qui ſui vel alien. iur. ſunt. L.* 43. *D. de Obl. et act.*

15) *L.* 12. *D. h. t.*

16) Sehr gut erklärt dieſe Stelle *van der* MUELEN in dem angeführten Commentar pag. 321. wenn er ſagt: *Per* IUS *hic intelligimus illam perſonalem qualitatem, quam inter homines ſive ius naturae ſive civile in ſtatu vel naturali vel civili viventes introduxit; cuiusmodi qualitas, quia ex iure dimanat,* IURIDICA *appellari poteſt, qua efficitur, ut alter ad alterum certam quandam habeat relationem; adeoque qualitas illa reſpicit hominis ſtatum cum relatione ad ſtatum alterius; quamobrem nec a ratione alienum, ut* IURIS *vocabulum aliquando etiam pro* NECESSITUDINE *dicamus.*

17) *L.* 86. *D. de V. S.* Quid aliud ſunt *iura praediorum,* quam praedia qualiter ſe habentia. Vid. GOEDDAEUS in Comment. ad tit. de Verb. Signif. h. L.

8) zeigt das Wort *ius* einen Inbegriff aller Gesetze von einer Art, oder einer ganzen Nation an. Z. E. ius scriptum, ius criminale, ius Romanum. Zuweilen aber wird,

9) unter *ius* nur das ius civile verstanden, insofern es dem iuri praetorio entgegengesetzt wird. So wird oft in unsern Gesetzen gesagt, daß etwas *ipso iure* geschehe, oder entstehe, oder gelte, und davon werden die Fälle unterschieden, da etwas iure praetorio oder per praetoris tuitionem geschiehet [18]).

10) wird das Wort *ius* auch für den Ort genommen, wo die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, und vorzüglich das Tribunal des Prätors dadurch angezeigt; wie die Ueberschriften der Titel in den Pandecten de *in ius* vocando und de interrogationibus *in iure* faciendis beweisen. Denn in den ältern Zeiten der Römer unterschied man zwischen *ius* und iudicium, und nannte letzteres den Ort, wo der den Partheyen nach der römischen Proceßform bestellte iudex pedaneus saß, und das streitige Factum untersuchte. Daher waren die Handlungen des gerichtlichen Processes von zweyerley Art, actus *in iure* und actus *in iudicio*, je nachdem sie bey dem Prätor, oder bey dem judex pedaneus verrichtet wurden [19]). Auch in den teutschen Gesetzen findet

18) *L.* 1. §. *ult. D. de superficieb. L.* 1. §. 5. *D. quod falso tut. L.* 1. *D. quib. mod. usufr. amitt. L.* 9. §. 1. *D. usufr. quem. cav.* In diesen Stellen heißt die Redensart: *ipso iure fit*, soviel als fit opera et auctoritate iuris civilis, neque auxilio Praetoris opus est, wie sie *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. c. XIV. n. 24. et 25. erklärt.

19) *L.* 1. §. 2. *D. de poſtul. L.* 3. §. 1. *D. ne quis eum, qui in ius vocat.*

det man zuweilen das Wort Recht für den Gerichtsort gebraucht [20]). Eine damit verwandte Bedeutung iſt

11) die, da durch das Wort *ius* die Art des gerichtlichen Verfahrens bey Unterſuchung und Entſcheidung ſtreitiger Rechtsſachen, oder die Proceßform und Gerichtsordnung bezeichnet wird. In dieſer Bedeutung machen die Geſetze bey der Verhandlung ſtreitiger Rechtsſachen einen Unterſchied zwiſchen ſolchen, welche *iuris ordinarii*, und denen, welche *cognitionis praetoriae* waren. Bey den erſtern wurde nämlich ein judex pedaneus beſtellt, und dieß war die gewöhnliche Proceßform. Cognoſcirte hingegen der Prätor ſelbſt, und entſchied den Rechtsſtreit allein, ohne einen judex pedaneus zu beſtellen, ſo geſchah dieſes extra iuris ordinem [21]). Eben ſo reſcribiren die Kaiſer Diocletian und Maximian in der *L.* 13. *C. de rei vindicat.* es ſey *ordinarii iuris*, d. i. dem ordentlichen Rechtslaufe gemäß, daß erſt über den Beſitz erkannt, und dann die cauſa proprietatis entſchieden werde. Daß auch das teutſche Wort Recht zuweilen für den Proceß genommen werde, beweiſt nicht nur die in den Schuldverſchreibungen zuweilen vorkommende Clauſel: mit oder ohne Recht; ſondern auch der in der peinlichen Gerichtsordnung Carls V.

20) So kommt das Wort Recht in der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. Art. 135. vor: Item, wenn jemand beklagt, und im Recht erfordert oder bracht würde. S. WALCH in Gloſſar. germ. interpretationi Conſt. crim. Carol. inſervient. v. Recht. S. 414.

21) *L.* 178. §. 2. *D. de Verb. Signif.*

öfters gebrauchte Ausdruck peinliches Recht [22]). So dann wird

12) unter dem Worte *ius* bisweilen der Ausspruch des Prätors oder einer andern Magistratsperson bey den Römern verstanden, die vermöge ihres Amts die Gerichtsbarkeit ausübte, dieß beweist die bekannte Redensart *ius reddere*, *ius dicere* [23]). Von dem iudex pedaneus brauchte man das Wort *iudicare*, wenn er eine Sentenz ertheilte [24]).

13) heißt *ius* auch in einigen Gesetzen soviel, als die durch die Gesetze bestimmte Testamentsform. Bekannt sind die Ausdrücke: testamentum *iure* factum, et *non iure* factum, worunter ein Testament verstanden wird, welches nach der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet, oder nicht in Gemäßheit derselben errichtet worden ist; und hieraus ist der in unsern Gesetzen [25]) öfters vorkommende Ausdruck: *de iure disputare*, zu erklären, welcher nichts anders bedeutet, als ein Testament aus dem Grunde anfechten, daß es mit einem Mangel in Ansehung der äusserlichen Form behaftet sey, und daher den Rechten nach nicht bestehen könne [26]).

End-

22) Man vergleiche Art. 15. mit Art. 11. 14. u. 211. der P. G. O. WALCH in Glossar. cit. voc. peinliches Recht. S. 410.

23) *L.* 11. *D. h. t.*

24) *L.* 7. D. *de off. proconf. L.* 3, *D. de off. eius, cui mand. eft iurisd.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *iudicare.* Jedoch haben die Röm. Juristen diesen Unterschied auch zuweilen vernachläßiget. S. FINESTRES in Hermogeniano. T. I. pag. 327.

25) *L.* 5. §. 1. *L.* 24. *D. de his, quae ut indign.*

26) WOLTAER Observat. iur. civ. et Brandenb. Fasc. I. Obs. 26. pag. 218. sqq. und NETTELBLADT Diss. de eo, qui de iure disputavit, haud indigno. *Halae* 1765.

Endlich bedeutet *ius* auch

14) ſoviel, als Rechtsgelehrſamkeit, wie es nicht nur in der Rubrik des gegenwärtigen Titels genommen, ſondern auch in dem erſten Geſetz dieſes Titels gebraucht wird, wo es heißt: *Ius* eſt ars boni et aequi.

Uebrigens bemerke ich noch, daß die römiſchen Rechtsgelehrten mit dem Worte *ius* eine ganz eigene Bedeutung verbunden zu haben ſcheinen, wenn ſie öfters zu ſagen pflegten, daß etwas mehr *in facto* als *in iure* beſtehe, oder wenn ſie ſonſt *ius* und *factum* einander entgegenſetzen. So z. B. ſagt Modeſtin in der *L.* 10. *D. de cap. minut.* daß das Vermächtniß der Habitation ſich zwar mit dem Tode des Legatars endige, aber durch keine Capitisdeminution verlohren werde: quia tale legatum *in facto* potius, quam *in iure* conſiſtit. Paulus drückt ſich faſt auf die nämliche Art aus, wenn er in der *L.* 27. §. 2. *D. de pactis* ſagt: in ſtipulationibus *ius* continetur, in pactis *factum* verſatur. Ich übergehe andere Stellen mit Stillſchweigen, in welchen *ius* und *factum* einander entgegengeſetzt werden [27]). Es fragt ſich alſo, haben die römiſchen Rechtsgelehrten hier wirklich dem Worte *ius* eine von den Zeither angegebenen ganz verſchiedene Bedeutung beygelegt? Nach der gewöhnlichen Erklärung nimmt man an, daß nach der Sprache der römiſchen Rechtsgelehrten dasjenige *in iure* beſtehe, was ſeine Conſiſtenz und Form durch die bürgerlichen Geſetze erhalten hat; *in factō* hingegen dasjenige beſtehe, was nicht durch die bürgerlichen Geſetze anerkannt, und in eine

27) Vergl. *L.* 41. *D. de pecul. L.* 48. §. 1. *D. de acq. rer. dom. L.* 38. §. 6. *D. de Verb. Obligat.*

eine bestimmte Form gebracht worden, sondern nur Resultat eines natürlichen Rechts oder einer natürlichen Verbindlichkeit ist [28]). Allein ich glaube nicht, daß man nöthig habe, in den angeführten Stellen von der gewöhnlichen Bedeutung des Worts *ius*, da es soviel als Gesetz heißt, abzuweichen. Modestin will nämlich soviel sagen: darum gehe das Vermächtniß der Habitation durch eine etwa erfolgte Capitisdeminution des Legatars nicht schlechterdings verlohren, weil ein solches Legat die besondere Eigenschaft hat, daß das Recht des Legatars nicht gleich nach geschehener Erbschaftsantretung ipso iure seinen Anfang nimmt; sondern erst per factum habitationis erworben wird, mithin von der Zeit anfängt, da der Legatar die ihm vermachte Wohnung wirklich bezieht. Das Recht des Legatars werde daher nicht ein für allemal erworben, sondern es nehme so oft von neuem wieder seinen Anfang, als der Legatar wieder zu wohnen anfängt [29]). Eben so läßt sich auch Paulus erklären. Denn betrachten wir die oben angeführten Worte in

28) S. *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 8. *Greg.* MAJANSIUS in Disputat. iur. T. I. Disp. XVIII. §. 9. p. 329. *Io. van* NISPEN in Exercit. ad fragmenta, quae in Dig. ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt; (in OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. D. I.) Roßmanns Abhandl. warum die Habitation vielmehr in facto als in iure bestehe? in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1751. Nr. 33. und Gmelins Abh. von der eigentlichen Beschaffenheit der Habitation nach Röm. Rechtssystem: in den gemeinnützigen juristi. Beobachtungen und Rechtsfällen. III. Band. Nr. VII. §. 57.

29) Man sehe *G. L.* BOEHMERI Observatio ad sententiam MODESTINI in *L.* 10. *D. de cap. minut.* Goetting. 1778.

in ihrem ganzen Zuſammenhange, ſo iſt der Sinn derſelben ohne Zweifel der: Stipulationen wirken ipſo iure und vermöge der Verordnung der Civilgeſetze. Wird daher eine durch bloſen Vertrag erlaſſene Schuld mittelſt einer Stipulation wieder hergeſtellt, ſo iſt es, als ob ſie dem Schuldner nie erlaſſen worden wäre; allein dieſe Wirkung haben bloſe Verträge nicht, dieſe ſind nur dann von Wirkung, wenn man die deshalb vom Prätor ertheilte Exception oder Replik in den Gerichten vorſchützt, und alſo ein Factum unternimmt [30]). Weiter kann ich mich vorjetzt auf die Erklärung dieſer Stellen nicht einlaſſen, ſondern werde bey den Hauptmaterien des bürgerlichen Rechts, worauf ſich jene Stellen beziehen, ausführlicher davon handeln, auch ſodann die Erklärungen anderer Rechtsgelehrten näher prüfen.

§. 2.

Begriff, Eintheilung und Quellen der Verbindlichkeit. Erklärung des *pr. I. de obligat.* und der *L.* 1. *D. de obligat. et action.*

Wo nun ein Recht iſt, da iſt auch eine Verbindlichkeit vorhanden, demſelben gemäß zu handeln, (Iuri reſpondet obligatio). Dieſes kann auf zweyerley Art verſtanden werden. Einmal, wenn man das Wort *ius* für Geſetz nimmt, ſo heißt es ſoviel: wo ein Geſetz iſt, da iſt auch eine Verbindlichkeit, ſeine Handlungen nach der Vorſchrift deſſelben einzurichten. Zum andern, wenn man unter

30) DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXIV. cap. 2. *Nic. Chriſtph.* L. B. *de* LYNKER praeſcript. publ. ad textus quosdam iuris ſelect. (*Viennae* 1723. 8.) Praeſcript. XXI. p. 166.

ter *ius* ein nach den Gesetzen zustehendes Vermögen etwas zu thun verstehet, so hat jener Grundsatz den Verstand: Wenn die Gesetze mir ein Recht ertheilen, so verpflichten sie meine Mitbürger, die Ausübung desselben geschehen zu lassen. Denn niemand darf den andern in seinem Rechte kränken, oder ihn an dessen Ausübung hindern.

Was ist nun aber **Verbindlichkeit**? Der Begriff, den wir in dem römischen Gesetzbuche [31]) davon finden, ist folgender: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura. Es ist ganz offenbar, daß **Justinian** hier keinen allgemeinen Begriff gegeben, sondern nur eine solche Verbindlichkeit bezeichnen wollen, die bürgerlich wirksam ist, und aus welcher nach römischen Rechten eine Klage gegen den Schuldner erhoben werden konnte. Dies zeigen die Worte *secundum nostrae civitatis iura* unter andern sehr deutlich an. Es scheint dies auch der recht eigentliche Begriff der Obligation im Sinne des römischen Civilrechts zu seyn, wenigstens kann man sich's nun erklären, wenn **Julian** [32]) sagt, eine natürliche Verbindlichkeit, die keine Klage wirkt, sey nur uneigentlich und per abusionem eine *obligatio* zu nennen; ja wie lebhaft sich die römischen Juristen überzeugt haben müssen, daß nur eine vollkommene Verbindlichkeit, auf deren Erfüllung mit Beistand der Rechte geklagt werden kann, den Namen einer Obligation verdiene, läßt sich weiter daraus erkennen, wenn in den Gesetzen [33]) gesagt wird, ein sogenanntes pactum nudum

wirke

31) *pr.* . *obligat.*

32) *L.* 16. §. 4. *D. de fideiussor.*

33) *L.* 7. §. 4. *D. de pactis.*

wirke keine Verbindlichkeit (d. i. kein Recht zu klagen), ſondern nur eine Exception; und derjenige nur ſey für einen Schuldner zu halten, a quo *invito* exigi pecunia poteſt [34]). Das Wort *ſolvere* wird übrigens in der geſetzlichen Definition der Obligation im weitläuftigen Verſtande genommen, und begreift dare, facere, praeſtare id, quod debeas, unter ſich [35]). Der Zuſatz *ſecundum noſtrae civitatis iura* enthält endlich eine Modification des rechtlichen Bandes, welches durch die Obligation geknüpft wird, und will, wie Hugo Donellus [36]) dieſe Worte erklärt, ſoviel ſagen: adſtringimur vero non quibuslibet modis, non ut cuique viſum eſt, non ut quis quid vi, aut turpiter promiſit; ſed ut ſunt adſtringendi cauſae *ſecundum noſtrae civitatis iura*. Wobey ich nur noch bemerke, daß die Worte iura civitatis Romanae zwar vorzüglich die mancherley Gattungen des poſitiven römiſchen Rechts anzeigen, und nicht undeutlich zu erkennen geben, daß es nicht genug ſey, wenn die Verbindlichkeit zwar vom Civilrecht anerkannt, vom Prätor aber entkräftet worden; denn nur eine bürgerlich wirkſame Verbindlichkeit, die kein Geſetz entkräftet, verdient nach jenem römiſchen Begriff den eigentlichen Namen *Obligatio* [37]); inzwiſchen iſt doch auch das natürliche Recht (ius gentium) nicht auszuſchließen. Nam Populus Romanus, ſagt Juſtinian [38]), partim ſuo pro-

34) *L.* 108. *D. de V. S.*

35) *L.* 3. *D. de O. et A. L.* 176. *D. de V. S.*

36) In Commentar. de iure civ. Lib. XII. c. 1.

37) Man ſehe *Ian. a* COSTA ad h. pr. I. de obligat. und *Ern.* TENTZEL de definitione legali obligationis. Erf. 1737.

38) §. 1. *fin. I. de iure nat. gent. et civ.*

proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Nach Justinians Begriff wäre also *Obligatio* die von den bürgerlichen Gesetzen als wirksam und klagbar anerkannte moralische Nothwendigkeit, einem Andern ein gewisses bestimmtes Object zu leisten [39]); und soll also nicht jede allgemeine Pflicht, z. E. keinem Andern etwas von dem Seinigen zu entziehen, und überhaupt keine strafbare Handlung zu begehen, darunter verstanden seyn, sondern sie setzt vielmehr jederzeit eine Person voraus, welche einer andern zu einem bestimmten Thun oder Geben verbindlich gemacht worden ist [40]).

Daß also der legale Begriff des römischen Rechts von der Obligation wenigstens nicht als allgemeiner Begriff der Ver-

39) In einer noch eingeschränktern Bedeutung wird *Obligatio* in unsern Gesetzen auch für Verpfändung genommen; *L.* 1. §. 2. *D. de reb. eor. qui sub tut.* Siehe D. *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. (Tubing 1788.) §. 670. Dahingegen wird aber auch das Wort *obligatio* in unsern Gesetzen zuweilen in einer so ausgedehnten Bedeutung genommen, daß das ganze Verhältniß zwischen dem debitor und creditor darunter begriffen ist, also nicht nur die Verbindlichkeit des Schuldners, sondern auch das Forderungsrecht des Gläubigers. S. z. B. kommt in den Gesetzen der Ausdruck *ius obligationis* vor. §. 2. *I. de reb. corp. et incorp.* und wenn die Gesetze sagen: obligationem perimit casus, so reden sie immer vom Gläubiger, wenn das Forderungsrecht desselben aufhört, denn vom Schuldner sagen sie: liberatur ab obligatione. §. 1. *I. de duob. reis stip. et promitt.* S. HUBER in Digression. Iustinian. Lib. IV. cap. 10. pag. 318. sqq. und Hugo's civilistisches Magazin. 1. B. 1. Heft. S. 126. f.

40) S. Hugo Institutionen des heutigen Röm. Rechts. (Göttingen 1789.) §. 31.

Verbindlichkeit gelten könne, weil er den Gegenſtand nach ſeinem ganzen Umfang nicht in ſich faßt, iſt gewiß. Was iſt alſo Verbindlichkeit überhaupt? Ich muß, ehe ich den richtigern Begriff davon überhaupt feſtſetze, vor allen Dingen bemerken, daß man insgemein die Verbindlichkeit aus einem zweyfachen Geſichtspuncte zu betrachten pflegt, je nachdem nämlich dieſelbe entweder Jemandem auferlegt wird, oder demjenigen wirklich obliegt, welcher vermöge derſelben verpflichtet wird. Jenes nennt man die active, dieſes die paſſive Verbindlichkeit, und ſo wie man die erſtere durch *connexionem motivi cum actione* definirt, ſo verſtehet man im Gegentheil unter der letztern *qualitatem moralem paſſivam, qua quis praeſtare aut pati quid tenetur.* Man findet dieſe Begriffe beym Wolf, Puffendorf und andern. Allein wenn ſich gleichwohl die Obligation in die active und paſſive eintheilen läßt, wie in der Folge ſich ergeben wird, auch dieſe Eintheilung in dem Syſtem des bürgerlichen Rechts nicht unbekannt iſt; denn wem ſollte wohl die bekannte Eintheilung der Correalobligation in die active und paſſive hierbey nicht einfallen? ſo ſind doch jene gemeine Begriffe viel zu wenig brauchbar, da es ihnen nicht nur an gehöriger Deutlichkeit, ſondern auch an Richtigkeit fehlt. Wenn da, wo Motiven an fremde Handlungen geknüpft werden, allemal auch eine Verbindlichkeit vorhanden ſeyn ſoll, ſo wird auch der Straſſenräuber mir eine Verbindlichkeit auflegen können, wenn er mir den Tod drohet, und mich dadurch nöthigt, ihm das Meinige hinzugeben. Ich weiß wenigſtens nicht, wie man dieſer Folge ausweichen will, denn ſind in dieſem Falle nicht Motive und Handlung connex? Motive können zwar die Erfüllung desjenigen bewirken, was eine ſchon vorhandene Ver-

bindlichkeit uns auflegt; allein der Begriff der Obligation selbst läßt sich daraus nicht formiren; denn ein anders ist Verbindlichkeit an sich; ein anders äussere Erfüllung derselben, wie auch schon von andern längst bemerket worden ist [41]). Richtiger wäre also der Begriff der Verbindlichkeit zu bestimmen, wenn man darunter überhaupt eine moralische, d. i. auf das Gesetz sich gründende, Nothwendigkeit, etwas zu thun oder zu unterlassen, verstehet. Wir bemerken dabey folgendes:

Erstens: daß die Verbindlichkeit der Regel nach keine absolute, sondern nur eine moralische Nothwendigkeit mit sich führt, welche also nicht alle Freyheit zu handeln ausschließt, sondern uns blos zur Erfüllung dessen, was das Gesetz von uns fordert, unter der Bedingung bestimmt, wenn man ein Uebel vermeiden, oder ein gewisses Gut oder einen Vortheil erlangen will. Unter diesen Umständen bleibt mir also das Gegentheil dessen, was meine Verbindlichkeit erheischt, nach meinen physischen Kräften noch immer möglich, obgleich freylich nach der Natur desjenigen, was moralisch nothwendig [42]) genennet wird, das Gegentheil nicht

41) S. *Christph. Frid.* SCHOTT de notione obligationis. Tubing. 1754. inter EIUSDEM Dissert. iur. naturalis. T. I. (Erlang. 1784. 8.) Diss. III. §. 19. Ein classisches Werk in dieser ganzen Materie von der Verbindlichkeit ist des Hrn. Prof. Adolph Dietrich Webers systematische Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. Zweyte durchgängig verbesserte u. vermehrte Auflage. Schwerin und Wismar 1795. gr. 8.

42) SCHOTT in der angeführten Dissert. §. IX. sagt: *moraliter necessarium* esse id, cuius oppositum salvo respectu actionum liberarum ad regulam est impossibile.

nicht ſtatt finden kann, wenn das Verhältniß meiner freyen Handlung zu der Regel, wodurch dieſelbe beſtimmt wird, erhalten werden ſoll.

Zweytens: da die Verbindlichkeit eine vom Geſetz auferlegte Nothwendigkeit zu handeln iſt, ſo iſt folglich das Geſetz der wahre Grund aller Verbindlichkeit. Dieſes ertheilt der Verbindlichkeit ſelbſt Daſeyn und Weſen, dahingegen die damit verknüpften Motiven, nämlich die Vorſtellungen des Guten und Böſen, wodurch wir derſelben gemäß zu handeln beſtimmt werden, nur in ſo weit in Betrachtung kommen, als ſie die Erfüllung desjenigen bewirken können, was eine ſchon vorhandene Verbindlichkeit uns auflegt.

Drittens: alle Verbindlichkeit entſpringt aus den Geſetzen. Fragt man nun, wie ſie daraus entſteht, ſo laſſen ſich zwey Fälle gedenken, nämlich eine Verbindlichkeit entſpringt entweder unmittelbar aus den Geſetzen, ohne daß derjenige, welchem ſie obliegt, ſich erſt durch eine beſondere Handlung ſolche zugezogen hätte, oder ſie entſtehet nicht unmittelbar aus den Geſetzen, ſondern ſetzt eine moraliſche Handlung desjenigen, dem ſie obliegt, zum voraus, welche den nächſten Grund ihrer Wirklichkeit enthält. Eine Verbindlichkeit der erſtern Art nennt man eine unmittelbare, dahin gehört z. B. die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier ungereizt auf eine bey der Art von Thieren, zu welcher das ſchädliche gehört, ſonſt nicht gewöhnliche Weiſe angerichtet hat (*ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur*): denn hier iſt kein factum hominis, geſchweige denn eine Handlung des Beſitzers, welchem die Verbindlichkeit zur Schadenserſetzung

obliegt, vorhanden, die den nächsten Entstehungsgrund der Verbindlichkeit abgeben könnte; und da nur freye Handlungen als obligatorische angesehen werden können, so verstehet sich's von selbst, daß die Handlung eines unvernünftigen Thieres unmöglich dahin gerechnet werden kann. Diese Verbindlichkeit entstehet also unmittelbar aus den Gesetzen. Dahin gehört ferner die Verbindlichkeit eines Besitzers, demjenigen eine innehabende Sache vorzuzeigen, welchem, um seine vermeintlich daran habenden Ansprüche geltend machen zu können, besonders daran gelegen ist, selbige zu sehen (*obligatio ad exhibendum*). Wenn im Gegentheil nicht die Vorschrift des Gesetzes unmittelbar, sondern eine besondere vom Gesetz bestimmte moralische Handlung desjenigen, dem die Verbindlichkeit obliegen soll, den nächsten Entstehungsgrund derselben ausmacht, so wird sie eine **mittelbare** Verbindlichkeit genennt [43]).

Vier-

43) Es giebt Rechtsgelehrten, welche die Eintheilung der Verbindlichkeiten in **mittelbare** und **unmittelbare** schlechterdings verwerfen, weil, ihrer Einsicht nach, ohne alles Factum gar keine Verbindlichkeit denkbar sey. S. Dr. Meurers juristische Abhandlungen und Beobachtungrn. 1. Sammlung. 1. Aufsatz. Allein *L. 52. pr.* und §. 5. *D. de obl. et act.* beweist diese Eintheilung deutlich. Ueberdies kommt es bey dieser Distinction nicht darauf an, ob überhaupt ein Factum desjenigen, welchem die Verbindlichkeit obliegt, vorhanden sey, oder nicht, sondern ob sie ihren nächsten Grund (*causam proximam*) aus gesetzlicher Disposition, oder aus einer moralischen Handlung desjenigen, dem sie obliegt, ableite. Setzt man den distinctiven Character der unmittelbaren und mittelbaren Verbindlichkeit darinn, so ist die Eintheilung vollkommen gerechtfertiget. S. NETTELBLADT Systema elementare iurispr. positivae Germanor. commun. generalis. Halae 1781. §. 295. et 296.

Viertens: da eine **mittelbare Verbindlichkeit** ein factum obligatorium zu ihrer Wirklichkeit erfordert, ſo kommt es nun auf die verſchiedenen Arten der menſchlichen Handlungen an, um eine richtige und vollſtändige Theorie von Entſtehung der mittelbaren Verbindlichkeiten bilden zu können. Gewöhnlich pflegt man in den gemeinen Lehrbüchern die facta, welche mittelbare Verbindlichkeiten bewirken, auf zwey Hauptclaſſen zu reduciren. **Erlaubte — und unerlaubte Handlungen.** Erſtere, ſagt man, ſind die **Verträge**, letztere hingegen die **Verbrechen**; und hiernach nimmt man folgende Regel an, welche den Grund aller mittelbaren Verbindlichkeit in ſich faſſen ſoll: omnis obligatio mediata oritur vel ex pacto vel ex delicto. Allein wie unzulänglich dieſe Theorie, und wie wenig ſie dem Syſtem der römiſchen und der heutigen Rechtsgelahrtheit angemeſſen ſey, läßt ſich leicht beweiſen. Der Kaiſer **Juſtinian** beſtimmt in ſeinen **Inſtitutionen**[44]) den Entſtehungsgrund der mittelbaren Verbindlichkeiten dahin! obligationes aut ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu, aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Wo bleiben nun nach der gemeinen Theorie die hier ausdrücklich genannten obligationes, quae quaſi ex contractu naſcuntur, wovon ein ganzer Titel der Inſtitutionen handelt[45])? Dieſe entſtehen doch gewiß ſo wenig aus Verträgen, als aus Verbrechen. Wo bleiben ferner die obligationes, quae quaſi ex maleficio ſunt, wovon *Tit. 5. Libri IV. Inſtitut.*? Nun glaubt man zwar den Fehler dadurch zu verbeſſern, daß man diejenigen Handlungen,

44) §. *ult. I. de obligat.*

45) Tit. 28. Lib. III.

welche nach einer richtigen Beurtheilung weder zu den Verträgen noch zu den Verbrechen gerechnet werden können, durch Hülfe einer Fiction dennoch bald der einen, bald der andern Art beyzuzählen sich bemühet. Man sagt nämlich, wer durch erlaubte Handlungen, die keine Verträge sind, verbindlich wird, bey dem fingiren die Gesetze, daß er einen Vertrag geschlossen; und wenn aus unerlaubten Handlungen, die keine eigentliche Verbrechen sind, eine Verbindlichkeit entstehet; so rührt dieses daher, weil die Gesetze ein eigentlich nicht vorhandenes Verbrechen als wirklich geschehen, annehmen. Allein daß diese herbeygezogene Fiction ungereimt, und eine in den Gesetzen nirgends gegründete Chimäre sey, wird zu seiner Zeit dargethan werden. Etwas verschieden von jener ist die Theorie des Gajus [46]), wenn dieser lehrt: Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris. Hier wird, ausser den Verbindlichkeiten, welche aus einem Contract oder Verbrechen herrühren, als einer dritten Gattung, annoch solcher gedacht, welche *proprio quodam iure ex variis causarum figuris* entstehen. Diese letztere Gattung soll alle die Verbindlichkeiten in sich fassen, wozu weder Contract, noch Verbrechen des Schuldners den Grund gegeben. So mancherley nun diese causarum figurae seyn können, die ein besonderes Fundament von Verbindlichkeiten abgeben, welches weder zu den Contracten, noch Verbrechen zu rechnen ist, so scheint dennoch Gajus unter jener Gattung der Verbindlichkeiten, welche ex proprio quodam iure et variis causarum figuris ihre Entstehung herleiten, vornämlich

46) *L. 1. D. de obligat. et action.*

lich diejenigen verſtanden zu haben, welche quaſi ex contractu und quaſi ex delicto herrühren. Schon Anton Schulting [47]) und Pothier [48]) waren dieſer Meinung, allein Hr. Prof. Weber [49]) hat dieſes aus der Verbindung der Fragmente des Gajus, worinn derſelbe von dem Entſtehungsgrunde der Verbindlichkeiten handelt, und welche in den Pandecten [50]) nach eben der Reihe und Folge geordnet ſind, wie man ſie in ſeinen Schriften ſelbſt angetroffen, ſo einleuchtend bewieſen, daß nicht der mindeſte Zweifel übrig bleibt. Denn wenn der Juriſt zuförderſt *(princ. cit. Leg.)* die Hauptquellen der Verbindlichkeiten in allgemeinem angiebt; nämlich den Contract, das Verbrechen, und dasjenige beſondere Fundament, welches er

47) in notis ad GAJI inſtitut. L. II. Tit. 9. Iurisprud. Antejuſt. pag. 144. edit. *Ayrer. Sub illis, quae proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris naſcuntur, comprehendere videtur, tam quae quaſi ex contractu vel quaſi ex delicto ſunt, quam quae ex lege, edicto, vel alio ſimili iure naſcuntur.*

48) in Pandect. Iuſtinianeis Tit. de Obligat. et actionib. Tom. III. pag. 274.

49) von der natürl. Verbindlichkeit 1. Abtheil. §. 22. S. 65. ff.

50) Vergleiche *L.* 1. 4. *et* 5. *D. de obligat. et act.* Alle dieſe Fragmente ſind aus des GAJI *libris Aureorum* genommen, wie die Inſcription derſelben lehrt, und zwar L. 1. ex lib. 2. Aureorum; L. 4. und 5. aber ex lib. 3. Aureor. die Ueberſchrift des L. 4. heißt GAJUS *lib.* 3. *Rerum Quotidianarum, ſive Aureorum.* Vermuthlich gab Gajus ſeinem Buche dieſen Titel, weil es gemeinnützige Sachen enthielt, welche in foro täglich vorkamen, und eben deßwegen beſonders ſchätzbar waren. S. *Franc. Car.* CONRADI de Cali libris Rer. Quotid. ſive Aureorum, in *Parergis* Lib. I. n. VII. p. 113.

unter dem proprio iure variisque causarum figuris verstehet; darauf aber jede dieser Quellen wieder besonders durchgehet; und L. 1. §. 1. sq. mit dem Contract den Anfang macht, dessen verschiedene Eintheilungen angiebt, ohne der Verbindlichkeiten quasi ex contractu mit irgend einem Worte dabey zu erwähnen, geschweige denn solche als Untergattungen dahin zu rechnen; wenn er darauf L. 4. von den Verbindlichkeiten ex maleficio redet; und dann erst, nachdem er alles dieses absolviret hat, die besondern Verbindlichkeiten quasi ex contractu und quasi ex delicto nachholet, und von den erstern in der L. 5. bis zum 4. §., von den letztern aber §§. 4. sqq. bis zu Ende dieser L. 5. [51]) handelt; so ist wohl nichts wahrscheinlicher, als daß er diese zu der allgemeinen Rubrik ex variis causarum figuris, wovon wir sonst keine besondere Erläuterung antreffen, ganz vorzüglich gerechnet habe [52]). Da indessen Gajus alle übrige Verbindlichkeiten, deren Grund weder aus einem Contract noch aus einem Verbrechen herzuleiten ist, zuletzt unter

51) *L. fin. D. de extraord. crimin.* welche auch ex GAJI *lib.* 3. *Rerum Quotid. seu aureorum* genommen ist, und von dem quasi delicto iudicis litem suam facientis handelt, scheint mit dem §. 4. *L.* 5. *D. de obl. et act.* einerley zu seyn; nicht ohne Grund haben daher PRATEIUS in Iurisprud. med. Lib. I. c. 19. und PANCIROLLUS in Thes. variar. Lection. Lib. I. c. 78. selbige inter geminationes Pandectarum gezählet. Jedoch urtheilet Wissenbach ganz richtig, daß die letztern Worte jener L. fin. nach *quasi ex maleficio teneri*, ein Zusatz der Compilatoren wären.

52) Siehe auch DONELLUS in Commentar. de iure civ. Lib. XII. c. 5. und *Andr. Guil.* CRAMER in Dispunctionum iuris civ. libro singul. (*Suerini et Wismariae* 1792. 8.) Cap. 3.

unter eine Hauptclaſſe bringt, ſo glaube ich wenigſtens nicht, daß es dem Sinne ſeiner Worte entgegen ſey, wenn man auch die unmittelbaren Verbindlichkeiten, ſo wie auch die obligationem ex voto et pollicitatione unter den variis cauſarum figuris mit verſteht.

So gewiß ich überzeugt bin, daß die vorgetragene Erklärung dem wahren Sinne des römiſchen Rechtsgelehrten von der Entſtehungsart der Verbindlichkeiten vollkommen gemäß ſey; ſo iſt und bleibt doch auch dieſe Theorie ſelbſt nicht nur dunkel, ſondern ſie iſt auch in manchem Betracht ſehr unzulänglich, und überhaupt unſerm heutigen Rechtsſyſtem nicht mehr angemeſſen. Denn wir müſſen bemerken, daß die römiſchen Rechtsgelehrten immer nur in Beziehung auf das ius in perſonam von der obligatione zu reden gewohnt ſind; daher in den Titeln de obligationibus nicht ſowohl von Verbindlichkeiten überhaupt nach dem Begriffe, den wir mit dieſem Ausdruck verbinden, ſondern nur von perſönlichen Rechten gegen ein gewiſſes Subject gehandelt wird. Hiernächſt iſt auch in den angeführten Geſetzen nur die Quelle ſolcher Verbindlichkeiten angegeben worden, welche wirklich in den Gerichten eine Klage hervorbringen. Man darf ſich daher auch nicht wundern, daß der Verträge keine Erwähnung geſchieht, weil aus bloſen Verträgen bey den Römern keine Klage entſtand [53]). Allein da bloſe Verträge doch ſelbſt nach römiſchen Geſetzen mancherley Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringen, wel-

53) Warum die Röm. Rechtsgelehrten die Hauptſumme der bürgerlich vollkommenen Verbindlichkeiten, da wo keine unerlaubte Handlung vorlag, auf Contracte reducirt haben? hat Hr. Prof. Weber im angef. Buche §. 8. vortreflich gezeigt.

che, wenn auch derentwegen keine Klage statt hatte, doch in den bürgerlichen Gerichten von wichtiger Wirkung waren, z. E. eine Exception, eine Compensation, ein Retentionsrecht u. s. m. begründeten, so hätten die röm. Rechtsgelehrten in ihrer Theorie von den Quellen der Verbindlichkeit der Verträge nicht so ganz uneingedenk seyn sollen. Auf folgende Art ließ sich also eine vollständigere Theorie von den Entstehungsgründen der mittelbaren Verbindlichkeiten nach röm. Rechte formiren.

Mittelbare Verbindlichkeiten entstehen entweder aus erlaubten, oder aus unerlaubten Handlungen. In beyden Fällen kommt es auf die verschiedenen Arten der Handlung an. Ist die Handlung, die den nächsten Grund der Verbindlichkeit enthält, **erlaubt**, so bestehet diese entweder in einem acceptirten Versprechen, oder sie ist eine erlaubte einseitige Handlung. In ersterm Falle haben wir **Verbindlichkeiten aus den Verträgen**, die nach der röm. Rechtslehre entweder **Contracte**, oder eigentlich sogenannte **Verträge** sind, welchen Unterschied ich zu seiner Zeit entwickeln werde. Im andern Falle kann diese erlaubte Handlung entweder in einem blos einseitig geschehenen, nicht acceptirten Versprechen bestehen, als welches in einigen Fällen durch die bürgerlichen Gesetze für vollkommen verbindlich erkläret wird, oder es kann dieselbe eine solche seyn, welche mit einem Contracte in einem gewissen analogischen Verhältnisse stehet, und schon nach der natürlichen Billigkeit ohne allen Vertrag oder Versprechen eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringt. Im erstern Falle entstehet die Verbindlichkeit *ex voto et pollicitatione*. Im letztern Falle aber ist eine solche Verbindlichkeit vorhanden, welche in den römischen Gesetzen *obligatio quasi ex contractu*

ge-

genennet wird. Auf die nähere Entwickelung dieſer Lehre von den *obligationibus, quae quaſi ex contractu oriuntur*, kann ich mich hier noch nicht weiter einlaſſen, ſondern dieſe werde ich erſt in dem Titel de pactis vortragen. Zur Erläuterung mag einſtweilen blos der Begriff von den Verbindlichkeiten *quaſi ex contractu* dienen, welchen niemand richtiger als Herr Prof. Weber beſtimmt hat, wenn er S. 28. ſeines mehrgedachten klaſſiſchen Werks ſagt, es ſind Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältniſſen entſpringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewiſſen von dem Geſetzgeber beſtimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Verſprechen und Zuſage eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit deſſen Gegenſtande der Vorgang im ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich geſchloſſen worden wäre. So z. B. erfordert die Verwaltung fremder Geſchäfte der Regel nach einen Auftrag desjenigen, deſſen Geſchäfte betrieben werden. Allein wenn Jemand als Vormund zu einer Zeit, da ich noch nicht contrahiren, noch keinen Auftrag ertheilen konnte, mein Intereſſe wahrnimmt, wenn er, da ich abweſend war, und Gefahr lief, an dem Meinigen Schaden zu leiden, ſich meinen eigenen oder gemeinſchaftlich mit ihm habenden Angelegenheiten unterziehet, ſo wollen die Geſetze, daß in allen dieſen Fällen, wo die Partheyen wirklich in einem ähnlichen Verhältniſſe, als mandans und mandatarius, oder als eigentliche ſocii ſtehen, eine eben ſolche Rechtsverbindlichkeit Statt finden ſoll, als ob ein wirklicher Auftrag ertheilt, oder eine wirkliche Societät errichtet worden wäre. Daher werden die nützliche Verwaltung frem-

fremder Geschäfte ohne Auftrag des Principals, die Führung einer Vormundschaft, und der Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten ausser dem Societätscontract als Quellen angesehen, woraus Verbindlichkeiten quasi ex contractu entstehen.

Wenn im Gegentheil Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen entstehen, so läßt sich wieder eine zweyfache Art solcher Handlungen gedenken. Sie sind nämlich entweder strafbare, oder nur widerrechtliche, nicht strafbare Handlungen. Von den unerlaubten Handlungen der letztern Art finden wir eine Menge von Beyspielen in unsern Gesetzbüchern aufgezeichnet, welche sämmtlich darinn übereinkommen, daß Jemand mit Vorsatz oder Fahrläßigkeit wider die Gesetze und seine Pflichten etwas unternommen oder unterlassen hat, weshalb er jedoch nur zum Ersatz des Schadens, welcher einem andern dadurch zugefügt worden, oder zur Leistung des Interesse, ausserdem aber zu keiner Strafe gehalten ist. Dahin gehört z. B. wenn man die Sache eines andern aus Gefährde zu besitzen aufhört, oder sich muthwillig auf eine Klage einläßt, als wenn man im Besitz der in Anspruch genommenen Sache wäre, da man sie doch nicht besitzt. Ferner wenn man einen aus Argliſt zur Entsagung einer Erbschaft verleitet, einen unrechtmäßigen Arrest auf fremde Güter bewirkt, u. d. m. Sind aber unerlaubte Handlungen strafbar; so unterscheidet das römische Recht wieder zwischen wahren Verbrechen, welche ihrem Urheber moralisch zugerechnet werden können, und solchen Handlungen, welche an sich zwar nicht erlaubt sind, jedoch entweder nach den Regeln der moralischen Imputation, oder doch wenigstens nach sonstigen Vorschriften des strengen Rechts diejenige

jenige Verbindlichkeit nicht geradezu hervorbringen würden, welche vermöge beſonderer Verordnungen daraus entſpringt, d. i. nach ſonſtigen Grundſätzen des ſtrengen römiſchen Rechts demjenigen nicht geradezu zur Laſt gereichen würden, welcher nach beſondern geſetzlichen Vorſchriften aus Gründen des gemeinen Wohls und der natürlichen Billigkeit dafür haften muß. In jenem erſtern Falle entſtehen obligationes ex delictis; in dem letztern Falle aber obligationes quaſi ex delicto [54]). Dahin rechnen z. B. die Geſetze die Verbindlichkeit eines Richters zur Schadenerſetzung und Bezahlung einer willkührlichen Geldſtrafe, wenn er aus Verſehen und Unwiſſenheit einem ſtreitenden Theile zu nahe gethan. Si iudex, ſagt Gajus [55]), litem ſuam fecerit, *non proprie ex maleficio* obligatus videtur, ſed quia neque ex contractu obligatus eſt, et utique peccaſſe aliquid intelligitur, licet *per imprudentiam*, ideo videtur, *quaſi ex maleficio*, teneri in factum actione. Nach den Grundſätzen des ſtrengen Civilrechts konnte eigentlich nur vorſätzliche Partheylichkeit und grobe Unachtſamkeit einem Richter als ein Verbrechen angerechnet werden, weil er ſein Amt nicht mercede conductus verrichtet, ſondern, als Rechtsgelehrter, unſtreitig eine artem liberalem ausübt [56]). Ein anderes Beyſpiel, wo nach den römiſchen Rechten eine obligatio quaſi ex delicto vorhanden iſt, giebt die Verbindlichkeit eines Hauswirths, den Schaden doppelt zu erſetzen, der durch unvorſichtiges Herunterſchütten oder Herunterwerfen

54) Man ſehe den Titel der Inſtitutionen de obligationibus, quae quaſi ex delicto naſcuntur. Lib. IV. Tit. 5.

55) *L. 6. D. de extraord. cognit.*

56) Arg. *L. 1. D. ſi menſor falſum modum dixerit.*

sen seiner Hausleute oder Gäste auf die Strasse angerichtet worden ist. Der Wirth kann, moralisch betrachtet, ganz unschuldig seyn, er hat aber doch unstreitig ehender Gelegenheit, den wahren Thäter auszufinden, und an ihm seinen Regreß zu nehmen, als der Beschädigte. Grund genug zur Rechtfertigung einer zur Beförderung der öffentlichen Sicherheit ganz unentbehrlichen Legislation. Allein eben darum, weil der Beschädigte nicht verbunden ist, den Wirth oder Bewohner des Hauses **als den Urheber der Handlung** anzuklagen, heißt es in §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex delict. nascuntur*: Ideo non *propriè* ex maleficio obligatus intelligitur, *quia plerumque ob alterius culpam tenetur* [57]).

Dies sind die Begriffe von den Obligationibus ex delicto und quasi ex delicto im ächtem Sinne des Röm. Rechts genommen: welches ich darum erinnern muß, weil unsere heutigen Rechtslehrer andere Begriffe damit zu verbinden pflegen. Denn heut zu Tage nennt man **eigentliche Verbrechen** (vera delicta) solche, die mit Vorsatz verübt worden sind. Hingegen, die aus bloser Unachtsamkeit zu Schulden gebrachte Vergehungen werden von unsern heutigen Criminalisten nur quasi delicta genannt [58]). Die weitere Entwickelung gehört ins Criminalrecht.

Zum

57) Man vergleiche besonders des Hrn. Prof. **Webers** angef. Buch. §. 10—20. welcher daselbst die Begriffe von den obligationibus quasi ex delicto vortreflich erklärt, und von den gemeinen Irrthümern der Rechtslehrer gereiniget hat.

58) So lehren **Böhmer, Engau, Meister, Quistorp, Koch** und **Püttmann** in ihren Lehrbüchern der peinlichen Rechtsgelahrtheit.

Zum Beſchluß dieſer Theorie von den Quellen der Verbindlichkeiten will ich nur noch bemerken, daß wenn in unſern Geſetzbüchern ſehr oft geſagt wird, die Verbindlichkeit entſtehe *ex re*, dieſes von allen denjenigen Fällen zu verſtehen ſey, wo die Verbindlichkeit nicht von der Einwilligung des Schuldners, noch desjenigen abhängt, in deſſen Gewalt oder Aufſicht er ſich befindet. Dahin gehört einmal, wenn die Verbindlichkeit aus einem Verbrechen entſteht; denn ſo ſagt Juſtinian [59]): omnes obligationes ex maleficio eſſe unius generis: nam omnes *ex re* naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio, veluti ex furto etc. Zweitens, wenn die Verbindlichkeit aus einem erlaubten Geſchäft entſpringt, aus welchem derjenige, welcher ohne ſein Verſprechen und Zuſage daraus verpflichtet wird, reicher geworden iſt. Z. B. wenn ich eines Pupillen negotia gerirt habe, und zwar ſo, daß ſein Nutzen dadurch wirklich befördert worden iſt, ſo iſt derſelbe verbunden, mir meine Koſten und Auslagen zu erſtatten. Die Verbindlichkeit entſpringt hier *ex re*, d. i. ex ipſa negotii natura, ne pupillus ex alieno diteſcat, et cum damno meo fiat locupletior. Auf dieſe Art können alſo Raſende, Pupillen und andere Perſonen, die ſich durch ihre Einwilligung nicht ſelbſt verbinden können, dennoch *ex re* obligiret werden, wie Paulus [60]) ſagt: Furioſus et pupillus, ubi *ex re* actio venit, obligantur, etiam ſine curatore vel tutoris auctoritate: veluti ſi communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dede-

59) *pr. I. de obligat. quae ex delicto naſc.*

60) *L. 46. D. de obligat. et action.*

dederit: nam iudicio communi dividundo obligabuntur [61]).

§. 3.

Eintheilung der Verbindlichkeit in vollkommene und unvollkommene. Prüfung der Regel: „quod tibi non nocet etc. und Erläuterung der *L.* 2. §. 5. *D. de aqua et aquae pluv. arc.* Vollkommenes und unvollkommenes Recht. Rechtmäßige Zwangsmittel, ersteres geltend zu machen.

Verbindlichkeiten sind ferner, wenn man auf die Wirkung derselben siehet, entweder vollkommene oder unvollkommene; je nachdem sie entweder so beschaffen sind, daß der Verpflichtete durch äussere Zwangsmittel zur Erfüllung derselben genöthiget werden darf, oder nicht [62]). Jene

61) Man sehe übrigens HUBER in Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 20. §. 2.

62) Gegen diesen Begriff ist zwar vom Hrn. Prof. Schmalz in seinem Rechte der Natur 1. Th. welche das reine Naturrecht enthält (Königsberg 1795. 8.) S. 17. f. manches erinnert worden. Allein er läßt sich, wie Hr. Prof. Weber in seinem öfters angeführten klassischen Werke über die natürl. Verbindlichkeit §. 40. S. 109. sehr gründlich gezeigt hat, ganz wohl rechtfertigen, wenn man nur Zwang und Zwangsmittel hier nicht anders deutet, als es der rechtliche Sinn mit sich bringt. Nun aber ist freylich nicht jede Nöthigung des Willens von aussenher dasjenige, was der Redegebrauch im eigentlichen, zumal rechtlichen Verstande, durch Zwingen oder Zwangsmittel andeutet. Zwingen heißt vielmehr sich einer gewaltsamen Einschränkung der physischen Freyheit des andern als Mittel bedienen, ihn auch wider seine Neigung zu einem Entschlusse zu bestimmen. S. Eberhards Sittenlehre der Vernunft. Berlin 1786. S. 89.

Jene werden daher auch Zwangspflichten, dieſe hingegen Liebespflichten genennet [63]). Daß dieſe Eintheilung an ſich gegründet ſey, kann wohl nicht geläugnet werden, denn ſonſt müßte man behaupten, daß entweder alle Pflichten ohne Unterſchied erzwingbar, oder daß alle ohne Unterſchied unvollkommene wären, welches beydes gleichlächerlich ſeyn würde. Um nun aber richtig zu beurtheilen, welche Pflichten von der Art ſind, daß deren Erfüllung erzwungen werden darf, ſo iſt zwar vorzüglich darauf zu ſehen, welche Pflichten das Vernunftrecht dafür erklärt, obwohl freylich dieſe Frage unter den Philoſophen ſelbſt nicht ganz auſſer Streit iſt [64]), allein wir dürfen doch auch in foro civili das Naturrecht hierinn nicht zum einzigen Beſtimmungsgrunde annehmen. Denn es kann ohne Zweifel nicht nur durch poſitive Geſetze, ſondern auch durch Verträge und letztere Willensverordnungen etwas in eine Zwangspflicht verwandelt werden, was an ſich nur Liebespflicht iſt. Unſere Geſetzbücher enthalten genug ſolcher Fälle, welche dieſes auſſer allen Zweifel ſetzen. Iſt nicht zum Beyſpiel die

63) Wenn Paulus in der *L.* 17. §. 3. *D. commod.* ſagt, quod quaedam *voluntatis et officii* magis quam *neceſſitatis* ſint, ſo zielt er unſtreitig auf dieſen Unterſchied. Mehrere Spuren dieſer Eintheilung finden wir in der *L.* 2. *D. de inoff. teſtam.* *L.* 12. §. 3. *D. de adminiſtr. et peric. tutor.* *L.* 25. §. 11. *D. de heredit. petit.* u. a. m. O.

64) Die neueſten Schriften des Hrn. von Reinhards, Hrn. Geh. Tribunalsrath Höpfners, ferner Garvens und Kleins ſind ſchon ohne mein Anführen bekannt genug; allein dieſen verdient noch vorzüglich beygefügt zu werden, des Hrn. Prof. *Th. Ern. Aug.* MEHMEL Diſſ. hiſtorico-philoſ. de officiis perfectis et imperfectis. *Erlangae* 1795. 8.

die Pflicht, eines Unmündigen Vormund zu seyn, ausser dem Staate Liebespflicht; nach Römischen Rechten aber erzwingbare Schuldigkeit [65])? und legt nicht ferner das Römische Recht [66]) einem Ehemanne die vollkommene Verbindlichkeit auf, seine verstorbene Ehefrau, auch wenn sie kein Heyrathsgut eingebracht hat, auf seine Kosten beerdigen zu lassen? da doch die Pflicht der Beerdigung an sich nur unerzwingliche Pflicht der Menschenliebe ist. Zwar haben die bürgerlichen Gesetze, wenn sie Pflichten der Menschenliebe als eigentliche Schuldigkeit vorschreiben, nicht immer eine Klage, sondern hin und wieder wegen des an sich unvollkommenen Rechts nur eine Einrede gestattet. Z. B. wenn eine Mutter oder Großmutter ihrer Tochter oder Enkelin ein Heyrathsgut gegeben hätte, welche dazu nicht vollkommen verbunden war, so soll doch die Liebespflicht an sich hier die Wirkung haben, daß wenn auch das Heyrathsgut nicht in der Absicht, um eine unerzwingliche Tugend auszuüben, sondern weil sie irrig glaubte, daß sie solches zu geben schuldig gewesen sey, bestellet worden, dennoch das Gegebene als Nichtschuld keinesweges zurückgefordert werden dürfe.

65) Daher ist die Tutel ein munus publicum, d. i. eine Beschwerde, eine Pflicht, die jeder Bürger, dem eine Vormundschaft aufgetragen wird, zum Besten des Staats übernehmen muß, wenn er nicht eine rechtmäßige Entschuldigung für sich anzuführen vermag.

66) *L.* 28. *D. de religios.* Zwar scheinen die Worte: *ne iniuria eius* (sc. mariti) *videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui*, eine nur unvollkommene Verbindlichkeit dem ersten Ansehen nach anzuzeigen, allein die vorhergehenden Worte, *maritum, in quantum facere potest, pro hoc conveniri posse*, benehmen allen Zweifel.

dürfe [67]). Allein es fehlt auch nicht an ſolchen Fällen, da Liebespflicht an ſich als klagbare Schuldigkeit ausdrücklich vorgeſchrieben worden iſt. Dahin gehört zum Beyſpiel, daß der Vater ſeiner heyrathenden Tochter einen ſeinem Vermögen angemeſſenen Brautſchatz mitgeben muß [68]); ferner daß Kinder ihre verarmten Eltern zu ernähren ſchuldig ſind, und dergleichen mehr [69]). Es verſtehet ſich jedoch von ſelbſt, daß dasjenige, was an ſich nur Liebespflicht ſeyn würde, durch die bürgerlichen Geſetze wirklich vorgeſchrieben ſeyn müſſe, wenn es als Zwangspflicht zu behandeln ſeyn ſoll. Denn ein anderes iſt freylich in den Fällen zu behaupten, wo auch die Civilgeſetze eine Liebespflicht nur als ſolche erwähnen, oder empfehlen, nicht aber befehlsweiſe vorſchreiben, wovon wir hin und wieder in den Geſetzen [70]) Beyſpiele finden. Wenn aber dergleichen mehr anrathende und empfehlende Beſtimmung in den Geſetzen nicht angetroffen wird; ſo iſt billig anzunehmen, daß der Geſetzgeber durch ſeine Vorſchriften eine vollkommene Verbindlichkeit aufzuerlegen die Abſicht gehabt habe. Da es inzwiſchen doch immer nur Ausnahme von der Regel bleibt, wenn eine Liebespflicht an ſich durch geſetzliche Vorſchrift

67) *L.* 32. §. 2. *D. de condict. indeb.*

68) *L.* 19. *D. de ritu nuptiar. L. fin. Cod. de dotis promiſſ.*

69) Mehrere Beyſpiele hat RICHTER in Diſſ. de obligatione imperfecta ex honeſtate iuris civilis auctoritate perfecta. Lipſ. 1751. Man ſehe auch *Chriſt. Henr.* BREUNING Spec. de civili obligatione et actione ex praeceptis honeſtatis. Lipſiae 1768.

70) S. *L.* 1. §. 3. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 12. *et L.* 13. §. 1. *D. de adminiſtr. tutor.*

schrift in Zwangspflicht übergehet, so leitet uns die Natur der Sache auf folgende zwey Grundsätze, welche der Richter billig nie ausser Acht zu lassen hat.

I. Was an sich nur Liebespflicht seyn würde, gehört nur lediglich in den besondern Fällen, welche die Gesetze ausdrücklich bestimmt haben, vor das äussere Forum; in allen übrigen Fällen darf der Richter die Grenzen nicht überschreiten, welche der römische Rechtsgelehrte **Paulus** ihm vorzeichnet [71]: etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio est. Es muß daher

II. bey Anwendung der bürgerlichen Gesetze, welche uns Verbindlichkeiten auflegen, die an sich zu den nicht erzwinglichen gehören, allemal auf die Verhältnisse, welche die gesetzliche Sanction im Allgemeinen dabey voraussetzet, insbesondere aber auf die Art der Wirkung, welche solchen Verbindlichkeiten ausdrücklich beygelegt ist, genaue Rücksicht genommen, und keine weitere Ausdehnung gestattet werden. Diesen Grundsätzen zu Folge lässet sich daher mit Grunde nicht behaupten, daß der Vater, um eines der obigen Beyspiele hier zur Erläuterung wieder zu gebrauchen, auch alsdann schuldig sey, seiner heyrathenden Tochter aus seinem Vermögen einen Brautschatz mitzugeben, wenn jene zulängliche eigne Mittel besitzet. Eben daraus folgt auch, daß in den Fällen, wo die Gesetze wegen Verbindlichkeiten dieser Art nur eine Einrede gestattet haben, der gerichtliche Effect ohne Ungerechtigkeit nicht weiter erstrecket werden dürfe [72]. So evident nun auch immer diese Grundsätze sind,

71) *L.* 12. §. 3. *D. de administr. et peric. tutor.*

72) Man vergleiche hierbey vorzüglich des Hrn. Prof. **Webers** mehrmals gerühmtes Werk von der natürlichen Verbindlichkeit 7. Abschnitt §. 99. ff insonderheit S. 474. ff.

ſind, ſo lehrt es dennoch die Erfahrung, wie häufig man auch noch heut zu Tage dagegen anzuſtoſſen pflegt, ja eine Menge hin und wieder herrſchender Irrthümer ergeben es nur zu deutlich, daß man jene Grundſätze gerade in den Streitigkeiten, welche ſofort ihre Entſcheidung daraus hernehmen, faſt gänzlich auſſer-Acht gelaſſen hat. Zu der Menge von Unvorſichtigkeiten, welche in dieſer Hinſicht auch noch von den neueſten und angeſehenſten Rechtslehrern begangen werden, zähle ich beſonders den Mißbrauch, den man mit der faſt allgemein angenommenen Regel, quod tibi non nocet, alteri vero prodeſt, ad id poteris compelli, insgemein zu machen pflegt. Ich entſinne mich noch gar wohl, dieſe vermeintliche Rechtsregel oft in den wichtigſten Rechtsfällen als Entſcheidungsgrund geleſen zu haben. Allein unterſuchen wir den Grund derſelben genauer, ſo dürfte ſie in den Geſetzen wohl ſchwerlich anzutreffen ſeyn. Was ſie wirklich enthalten, und woraus endlich der erwähnte Satz gebildet worden, ſind die Worte des Röm. Juriſten **Paulus** welcher *lib.* 49. *ad Edict.* ſagt [73]): Opinor, utilem actionem vel interdictum mihi competere adverſus vicinum, ſi velim aggerem reſtituere in agro eius, *qui factus mihi quidem prodeſſe poteſt, ipſi vero nihil nociturus eſt*: haec aequitas ſuggerit, etſi iure deficiamur. Allein man unterſuche nur den Fall, worauf ſich dieſe Worte eigentlich beziehen, ſo wird man leicht finden, daß jene Regel, ſo wie ſie gewöhnlich lautet, in gedachter Stelle wirklich gar nicht vorgetragen wird. Den beſondern Fall des Geſetzes ſelbſt ergeben die Anfangsworte der gedachten Stelle ganz genau. Aggerem, qui

73) *L.* 2. §. 5. *D. de aqua et aquae pluviae. arcendae.*

in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, *ut aqua pluvia mihi noceret.* Hieraus siehet man, daß ich darum berechtiget seyn soll, auf meines Nachbars Grundstück einen Damm, den die Gewalt des Wassers weggerissen hatte, wieder herzustellen, weil es mir zum offenbaren Nachtheil gereichen würde, wenn die Herstellung unterbliebe; und dieses soll mein Nachbar um so mehr zu leiden schuldig seyn, da ihm die Herstellung des Dammes ganz unschädlich ist. Die Worte *prodesse potest* deuten daher in natürlicher Verbindung mit den vorhergehenden darauf, daß wirklicher Nachtheil durch gewisse Unternehmungen auf fremden Grund und Boden abgewendet werden soll. Nicht aber werde ich dadurch berechtiget, blos zu meinem Vortheil über das Eigenthum meines Nachbarn zu disponiren, gesetzt auch, daß er durch meine Unternehmungen auf dem Seinigen nicht den mindesten Schaden litte. Und wo bleibt nun der gewöhnliche Satz, quod tibi non nocet, mihi vero prodest, ad id poteris compelli? Werden hierdurch nicht offenbare Mißbräuche und Eingriffe in die Freyheit und Rechte des Privateigenthums der Bürger unter dem Deckmantel der Gesetze beschöniget, welche die Gesetze selbst doch gar nicht gestatten? Ferner harmonirt auch jene Regel mit ihrer Quelle darum nicht, weil nach dem Inhalt der obgedachten Gesetzstelle der Eigenthümer in dem Seinigen nur etwas zulassen soll, nach der Fassung der daraus gezogenen Regel hingegen für schuldig erklärt wird, dasjenige, was ihm unschädlich ist, einem andern zu leisten; der sehr unbestimmte Zusatz: *ad id poteris compelli*, schließt wenigstens diese Erklärung auf keine Weise aus. Wollte man nun statt der bisherigen Regel eine andere eintreten lassen, so würde folgende Abänderung:

was

was mir nöthig iſt, um einen Schaden von meinem Eigenthume abzuwenden, dir aber unſchädlich iſt, das biſt du zu leiden ſchuldig, wenn ich auch gleich deshalb auf deinem Grunde und Boden etwas unternehmen müßte, zwar dem Sinne gedachter Geſetzſtelle angemeſſener ſeyn. Allein ich zweifle dennoch ſehr, ob auch dieſe Regel nach der Abſicht des Geſetzes als allgemeine Vorſchrift gelten könne. Denn auch dann läſſet ſich noch nicht behaupten, daß der Eigenthümer allemal ſchuldig ſey, etwas auf ſeinem Grunde und Boden zu leiden, wenn es ihm gleich unſchädlich iſt, ſondern es beſchränkt ſich alles auf die beſondern Fälle, wo die Geſetze es namentlich vorgeſchrieben, und dem Eigenthümer dieſe Verbindlichkeit auferlegt haben; denn nicht aus der Acht zu laſſen iſt der allerdings merkwürdige Umſtand, daß mich jenes Geſetz nur berechtiget, ein ſchon dageweſenes Werk, welches durch die Gewalt des Waſſers war weggeriſſen worden, auf meines Nachbars Grundſtücke wieder herzuſtellen, wodurch ihm auf keine Weiſe geſchadet wurde [74]). Dieſes mag zur Erläuterung der Eintheilung der Verbindlichkeit in die vollkommene und unvollkommene nach poſitiven Geſetzen genügen. So wie nun die Verbindlichkeit entweder eine vollkommene oder unvollkommene ſeyn kann, ſo iſt nun auch das Recht ſelbſt, für Be-

74) Ich darf nicht unbemerkt laſſen, daß ich bey Erklärung gedachter *L. 2. §. 5. D. de aqua et aquae pluv. arc.* von den eleganten Bemerkungen des Hrn. Prof. Webers a. a. O. S. 105. f. vorzüglich Gebrauch gemacht habe. Man vergleiche jedoch hierbey auch *Em.* MERILLII Variant. ex *Cujacio.* Lib. III. cap. 39.

fugniß genommen, entweder ein vollkommenes oder unvollkommenes; je nachdem es entweder so beschaffen ist, daß wider denjenigen, welcher unserer Befugniß entgegen handelt, bey Ausübung derselben rechmäßige Zwangsmittel gebraucht werden können, oder nicht. Die Zwangsmittel, wodurch man ein vollkommenes Recht auf eine erlaubte Art verfolgen und geltend machen kann, sind entweder ausſergerichtliche oder gerichtliche. Zu den Zwangsmitteln der erstern Art gehört vorzüglich die privat Gewalt, welche in den Fällen, in welchen die Gesetze solche zulassen, in sofern sie innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Grentzen ausgeübt wird, als ein erlaubtes Zwangsmittel auch selbst im Staate gebraucht werden kann [75]); denn wenn gleich in der Regel die Selbsthülfe in einer ordentlich eingerichteten bürgerlichen Gesellschaft unerlaubt ist, weil sie dem ersten Endzweck derselben, nämlich der innern Sicherheit und Ordnung, zuwider läuft, so erlauben dennoch die bürgerlichen Gesetze selbst in gewissen ausgenommenen Fällen die eigenthätige Gewalt, und berechtigen mich sogar meinen Gegner, der mich unvermuthet auf eine unrechtmäßige und gefahrvolle Art anfällt, mir mein Leben, oder Gesundheit, oder Ehre, oder meine Güter zu rauben, wenn ich die gedrohete Gefahr anders nicht, als mit der Tödtung des Anfallenden, von mir abzuwenden im Stande bin, zu entleiben, welches man die Nothwehr (defenſio neceſſaria, moderamen inculpatae tutelae)

75) Siehe besonders Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Theil. 1. Hauptst. §. 2. u. ff. Von den Fällen, wo die Selbsthülfe erlaubt ist, wird in der Folge §. 183. gehandelt.

telae) nennt [76]). Gleichwie jedoch der eignen Gewalt auch ſelbſt in den zugelaſſenen Fällen der Weg der gerichtlichen Hülfe immer vorzuziehen [77]) iſt, indem auch ſelbſt die Geſetze jene nur in der Rückſicht zulaſſen, weil der Richter nicht immer ſogleich bey der Hand iſt, und ohne Selbſthülfe ein unwiederbringlicher Schade geſchehen würde, ſo ſind nun die gerichtlichen Zwangsmittel, ſein Recht geltend zu machen, Klage und Einrede, wovon die Begriffe §. 271. entwickelt werden ſollen.

§. 4.

Begriff vom Geſetz. Verſchiedene Bedeutung des Worts *Lex*. Nöthige Unterſcheidung des Diſpoſitiven von dem Enunciativen in den Worten unſerer Geſetze. Vollkommenes und unvollkommenes Geſetz.

Wir irren nicht, wenn wir den Grund aller Verbindlichkeit auf Geſetze zurückführen, und ſelbſt diejenigen, welche dieſe Behauptung unrichtig finden wollen [78]), werden uns Recht geben, wenn wir uns über den Begriff, den wir

76) *L. 3. D. de Iuſt. et iur. L. 45. §. 4. D. ad L. Aquil. L. 1. §. 27. D. de vi. L. 1. C. unde vi. Art. 140. u. f. C. C. C.* Vid. *Ioſ. Lud. Ern.* PÜTTMANN Diſſ. de moderatione inculpatae tutelae. Lipſiae 1783.

77) Schon Cicero ſagt daher de Offic. I. c. 11. Nam cum ſint duo genera decertandi; unum per diſceptationem, alterum per vim; cumque illud ſit proprium hominis, hoc belluarum: confugiendum eſt ad poſterius, ſi uti non licet ſuperiore.

78) von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrtheit S. 17. Allein man vergleiche Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 2. S. 7.

mit einem Gesetze verbinden, mit einander gehörig verständiget haben.

Das Wort Gesetz hat freylich mehrere Bedeutungen. Hier nehmen wir es aber in der allgemeinen Bedeutung, wenn wir das Gesetz als die Quelle aller Verbindlichkeit ansehen, und gedenken uns darunter überhaupt eine Vorschrift, welche unsern freyen Handlungen zur Norm dient [79]); in welcher Bedeutung es sowohl das natürliche, als das positive Recht in sich schließt. Ich muß hierbey bemerken, daß das lateinische Wort *Lex* nicht immer durch Gesetz übersetzt werden kann. Die Bedeutung dieses Worts ist in der römischen Rechtssprache sehr verschieden. Denn 1) wird es für einen Vertrag oder Contract genommen; z. B. comprehensum est *lege venditionis, lege locationis* [80]). So wird ferner derjenige Vertrag, wodurch jemand auf den Fall, wenn er seine Schuldigkeit auf die gehörige Art nicht erfüllen würde, sich verwillkühret, daß er sodann gewisser Ansprüche oder Befugnisse verlustig seyn, und einem andern eine gewisse Verbindlichkeit, die ihm sonst obgelegen haben würde, erlassen haben wolle, *lex commissoria*, der commissorische Vertrag, genennt. Man setze, daß ein Kauf sub lege commissoria sey geschlossen worden; hält nun der Käufer nicht mit der Bezahlung inne, so verliehrt er sein Recht aus dem Kaufcontract, und der Verkäufer ist an den Han-

del

79) SENECA de benef. Lib. IV. c. 12. Legem *dicimus iusti iniustique regulam esse*: und CICERO de Nat. Deor. Lib. II. sagt; Lex *est recti praeceptio pravique depulsio.*

80) *L. 69. D. de contr. emt. vend. L. 77. D. pro socio.*

bei nicht mehr gebunden [81]). 2) Bedeutet *Lex* auch ſoviel als eine Bedingung, unter welcher etwas geſchiehet, oder geſchehen iſt; z. B. Ea lege *fundum locavi*, ut etc. ſagt *L.* 51. *D. locati.* Es kann aber auch ſoviel als Beſtimmung oder Modification eines Handels heiſſen. Bekannt iſt der juriſtiſche Satz, *pacta dant legem contractui* [82]), d. i. die Verträge, welche ſogleich bey Schlieſſung eines Contracts gemacht werden, geben dem Contracte eine gewiſſe Beſtimmung oder Modification. 3) Wird in unſern Geſetzen unter *Lex* auch zuweilen ein Teſtament verſtanden; wir wollen zum Beweis nur die *L. ult. D. de ſuis et legitimis* anführen, wo Papinian mit den Worten ſchließt: *privatorum enim cautionem legum auctoritate non cenſeri*; das heißt, wie es Galvanus [83]) richtig erklärt hat, privat Verträge haben nicht die Kraft der Teſtamente, daß durch ſelbige jemandem eine Erbſchaft entweder hinterlaſſen, oder entzogen werden könnte. Eben hieraus erklärt ſich auch der Ausdruck *legare*, wenn er von letztern Willensverordnungen genommen wird. Z. B. *Paterfamilias uti legaſſit ſuae rei, ita ius eſto* [84]), wo legare ſuae rei ſoviel heißt als *legem dicere rebus ſuis* oder über ſein Vermögen teſtiren; denn es mußte ehemals das Teſtament per verba imperativa, befehlsweiſe, wie ein Geſetz, abgefaßt werden. 4) Hieß *Lex* bey den Römern zur Zeit des Freyſtaats der Vorſchlag zu einem Geſetze. Zu-

81) S. Tit. D. *de lege commiſſoria* Lib. XVIII. Tit. 2.

82) *L.* 7. §. 5. *D. de pactis.*

83) de Uſufructu Cap. 20. pag. 219. nach der neueſten Tübinger Ausgabe von 1788.

84) *L.* 120. *D. de Verb. ſignific.*

Zu den Zeiten der Könige und der freyen Republik wurden nämlich die Gesetze mit Beystimmung der Nation auf den Comitien gemacht, und der König, oder eine römische Magistratsperson, die hierzu autorisirt war, that den Vorschlag dazu, dieses nennte man *legem ferre ad populum*, einen Vorschlag zu einem Gesetze thun [85]); genehmigte das Volk den Vorschlag durch seine Stimmen, so hieß das: *lex iubetur*, verwarf es hingegen denselben, so sagte man: *lex antiquatur*, das Volk will es bey dem Alten lassen [86]). Insofern aber unter dem Worte *Lex* ein Gesetz verstanden wird, so sind *Leges* überhaupt, wie Papinian sagt [87]), allgemeine auf Vernunft und Erfahrung gegründete Regeln, welche vom Staate zur Bestimmung

85) *L. 2. §. 2. D. de Or. Iur.*

86) ERNESTI in Clavi Ciceron. sowohl zu Anfang des *Iudicis Legum* als sub. voc. *Lex.*

87) *L. 1. D. Legib.* LEX est commune praeceptum. virorum prudentium consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, *communis Reipublicae sponsio.* Daß dieser Begriff sich nicht blos auf die Zeiten des Röm. Freystaats einschränkt, sondern auch von den Zeiten der Kaiser wohl verstanden werden kann, hat auch schon POTHIER in Pandectis Iustinianeis Tom. I. Tit. de Legibus Sect. I. Art. I. §. 2. not. c. bemerkt, wo er sagt: *Possunt etiam haec postrema verba aptari ad Principum placita, quae vim suam habent ex communi Reipublicae sponsione, qua cives, cum principem elegerunt, ei et his, quae iuberet, subesse spopondisse intelliguntur.* Wenn hingegen im §. 4. *I. de Iur. nat. gent. et civ.* gesagt wird: LEX est, quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, (veluti Consule) constituebat; so beziehet sich diese Erklärung blos auf die Centuriatgesetze der Römer.

mung der in der bürgerlichen Gesellschaft zu beobachtenden Pflichten, und Verhütung aller aus Bosheit oder Unvorsichtigkeit entstehenden Beleidigungen und Verbrechen sind festgesetzt worden. Wenn wir hingegen vom Gesetze im eigentlichen Verstande reden, so ist darunter die Vorschrift eines Regenten zu verstehen, nach welcher seine Unterthanen ihre freyen Handlungen einzurichten vollkommen verbunden sind. In diesem Verstande nimmt es unser Verfasser. Nun liesse sich zwar dagegen einwenden, daß es auch Permissivgesetze giebt, denn nach dem Ausspruche des Modestins in der *L. 7. D. de legibus*, befehlen und verbieten die Gesetze nicht immer, sondern sie erlauben auch; z. B. die Gesetze erlauben dem Vater, seinen unmündigen Kindern Kraft seiner väterlichen Gewalt in seinem Testamente einen Vormund zu ernennen, ihnen pupillariter zu substituiren. Allein der Autor wird in der Folge §. 14. diesem Zweifel selbst begegnen. Die Entwickelung dieses Begriffs führt uns auf folgende Wahrheiten.

I) Gesetze werden von dem Regenten gegeben, der die gesetzgebende Gewalt hat. Da es nun nach dem Unterschiede der Gesellschaften mancherley Regenten und Gesetzgeber giebt, so entstehen daher verschiedene Gattungen der Gesetze. Es giebt nämlich Gesetze, welche von dem Regenten des Staats herrühren, und andere, welche von dem Regenten der Kirche gegeben worden sind. Erstere werden bürgerliche Gesetze (leges civiles), letztere hingegen Kirchengesetze (leges ecclesiasticae) genennt.

II) Ein Gesetz in der angegebenen eigentlichen Bedeutung enthält den Willen eines Oberherrn; es unterschei-

det

bet sich also hierdurch ein Gesetz von einem bloßen Vertrage, bey welchem die Verbindlichkeit, denselben zu erfüllen, aus der geschehenen Annehmung des Versprechens entsteht.

III) Ein jedes Gesetz ist als eine Regel zu betrachten, wornach die Bürger des Staats, für welche das Gesetz gegeben worden, ihre freyen Handlungen einzurichten vollkommen verbunden sind. Es muß also auch der Gesetzgeber seinen Willen auf eine solche Art erklärt haben, daß er für die Unterthanen desselben verbindlich seyn kann. Man untersuche daher bey jedem Gesetze genau, ob die Worte desselben wirklich eine verbindliche Regel und Vorschrift für die freyen Handlungen der Staatsbürger enthalten, und also verba dispositiva sind, oder ob sie nur verba enunciativa sind. Eine Bemerkung, die bey Anwendung der in Teutschland aufgenommenen fremden, besonders der römischen Gesetze, von größter Wichtigkeit ist. Man pflegt zwar abusive alle einzelne Stellen in unserm römischen Gesetzbuche leges zu nennen, allein, daß unser Corpus iuris nicht wenig in sich fasse, welches den Namen eines eigentlichen Gesetzes gar nicht verdienet, ist eine bekannte Wahrheit [88]). So finden wir 1) in demselben eine nicht geringe Anzahl solcher Stellen, oder daß ich den einmal üblichen Ausdruck beybehalte, solcher Legum, in welchen nur blos angerathen wird, etwas zu thun, oder zu unterlassen, ohne jedoch eine vollkommene Verbindlichkeit aufzuerlegen, dieses in Ausübung zu bringen, (suasiones legis).

88) Man vergleiche hier besonders des Hrn. Prof. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des Röm. Rechts. (Schwerin, Wismar und Bützow 1782. 8.) S. 31. fg.

gis) [89]). So rathet z. B. die angeführte *L.* 1. §. 3. *D. de peric. et commodo rei vend.* daß man ſein Recht nicht auf das ſtrengſte verfolgen ſolle, wenn es auf Unbilligkeit hinausliefe; allein noch treffendere Beyſpiele geben die *L.* 34. *D. de Legib. L.* 24. *D. de Rei Vind.* und §. 7. *I. de Verb. obligat.* In der erſten Stelle wird der Rath gegeben, wie man den Beweis einer ſtreitigen Gewohnheit, worauf man ſich gegründet, am leichteſten führen könne; man ſoll ſich nämlich erkundigen, ob etwa ſchon ſonſt nach dieſer Gewohnheit, gegentheiligen Widerſpruchs ohngeachtet, in den Gerichten geſprochen, und rechtskräftig erkannt worden ſey; ſo müſſen, deucht mir, die Worte: *an etiam contradicto aliquando iuditio conſuetudo firmata ſit,* verſtanden werden, wie ich an einem andern Orte ausführlicher zeigen werde [90]). In der andern Stelle wird gerathen, daß man, ehe man ſeine Sache vindicirt, verſuchen ſolle, ob man nicht etwa durch ein Interdict zum Beſitz derſelben gelangen könne: quia longe commodius eſt, ipſum poſſidere, et adverſarium ad onera petitoris compellere, quam alio poſſidente petere. In der dritten Stelle endlich wird den Contrahenten die Cautel empfohlen, ſich eine Conventionalſtrafe auszubedingen, wenn der andere Theil ſeine Verbindlichkeit nicht erfüllen würde; ne neceſſe ſit actori probare; quid eius interſit. Ich übergehe mehrere dergleichen, in den römiſchen Geſetzſammlungen vorkommende ſogenannte leges ſuaſorias. Daß nun dieſe keine eigentliche und verbindende Geſetze ſind, iſt aus den obigen Grundſätzen

89) Von den Suaſionibus legum handelt *Ge. Steph.* WIESAND in Opuſculis. (Leipzig 1782. 8.) p. 13. ſqq.

90) S. Tit. de Legib. SCtis et longa conſuetud. §. 86.

sätzen evident, auch schon sonst bekannt, quod consilium non obliget [91]). Wir finden ferner 2) in den römischen Gesetzen häufige Commendationes legum, besonders hat es Justinian nicht fehlen lassen, in seinen sehr wortreichen Constitutionen Bewegungsgründe zu häufen, wodurch er seine Gesetze von Seiten des Nutzens und der Nothwendigkeit bey seinen Unterthanen zu empfehlen gesucht hat. Es kommen nicht weniger 3) in unserm Corpus Juris auch viele dogmatische Sätze vor; besonders finden sich diese in den Institutionen und Pandecten des K. Justinians sehr häufig. Man darf sich hierüber gar nicht wundern, wenn man bedenkt, daß wir unser römisches Corpus iuris aus einem doppelten Gesichtspuncte zu betrachten haben. Es ist einmal ein Gesetzbuch; es enthält aber auch zweytens ein System der ganzen Jurisprudenz, so wie sie zu den Zeiten des Kaiser Justinians ausgebildet war; bestehend aus Worterklärungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeinen Grundsätzen, Cautelen u. s. w. Kurz ein zum wissenschaftlichen Unterricht nach damaliger Zeit aptirtes Lehrgebäude der Rechtsgelahrtheit. Daß uns nun die in dem römischen Rechtskörper so häufig vorkommende dogmatischen Sätze nicht als Gesetze verbinden können, hat keinen Zweifel, wenn man erwägt, daß der Wille eines Gesetzgebers blos den äusserlichen freyen Handlungen der Menschen eine Richtschnur ertheilen könne; unser Verstand und Ueberzeugung hingegen seiner Disposition nicht unterworfen sey [92]). Die Lehre von dem Erwerb des Eigenthums giebt uns ein merkwürdiges Beyspiel zur Erläuterung. Insofern die bür-

91) *L.* 47. *D. de R. I.*

92) S. Webers Reflexionen a. a. O. S. 35. f.

bürgerlichen Geſetze hier befehlsweiſe feſtſetzen, daß durch einen bloſen Vertrag das Eigenthum einer Sache nicht übertragen werde, ſondern die Tradition hierzu erforderlich ſey, in ſofern verbinden ſie uns, als einmal recipirte Geſetze, unſtreitig. Wenn uns aber die römiſchen Geſetzgeber lehren wollen, daß die Traditio ein eigentlicher modus acquirendi naturalis ſey, ſo können ſie uns hierinn nicht nöthigen, unſere Vernunft unter den Gehorſam des römiſchen Rechtsſyſtems gefangen zu geben; denn nach der geſunden Vernunft iſt kein Grund abzuſehen, warum nicht die Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers zur Uebertragung des Eigenthums an einen andern ſchon genügen ſollte; daß hierzu noch beſonders die Uebergabe nöthig ſey, iſt eine bloſe Satzung der Civilgeſetze, alſo ohne Zweifel, daß die Traditio an ſich betrachtet, ein wahrer modus acquirendi civilis ſey. Hiermit erklärt ſich nun der Satz unſers Verfaſſers: not. e. *lex differt a dogmate.* Wir müſſen ferner 4) von der geſetzlichen Diſpoſition die in einem Geſetze oft vorkommenden hiſtoriſchen Umſtände von der Veranlaſſung deſſelben, ferner die darinn unterweilen angeführte rationem legis, nicht weniger die in demſelben hin und wieder vorgetragene Meinungen der Rechtsgelehrten, die durchs Geſetz entſchieden worden ſind, und andere dergleichen propoſitiones aſſertivas, wodurch blos angezeiget wird, daß dieſes oder jenes ſey, welche aber keine geſetzliche Vorſchrift enthalten, wohl unterſcheiden. Das römiſch Juſtinianeiſche Geſetzbuch liefert uns unzählige Beyſpiele davon. Es war beſonders den römiſchen Geſetzgebern eigen, die Hiſtorie der Legislation mit der Sanction des Geſetzes zu verbinden; Beyſpiele davon geben das *Senatusconſultum Iuventianum* L. 20. §. 6. D. de heredit. petit.

Sctum Macedonianum L. 1. pr. D. de Scto Maced. das *Sctum Vellejanum* L. 2. §. 1. D. ad Sctum Velleianum; *Lex Anaſtaſiana* L. 29. C. mandati u. a. m. Daß dieſe hiſtoriſche Umſtände zur Erklärung der im Geſetz enthaltenen Sanction dienen können, iſt gewiß, doch iſt auch hierinn Behutſamkeit nöthig, damit wir nicht wider die Abſicht des Geſetzgebers das Geſetz enger einſchränken, als die Worte deſſelben bezeichnen. Denn es iſt im römiſchen Rechte nichts ungewöhnliches, daß allgemeine Verordnungen durch einzelne beſondere Vorfälle ſind veranlaſſet worden. So iſt es z. Beyſpiel ein offenbarer Irrthum, wenn man die Anordnung des Anaſtaſianiſchen Geſetzes nur auf die Abtretung ungewiſſer Schuldforderungen aus dem Grunde einſchränken will, weil der Imperator im Eingange des Geſetzes gleichſam hiſtoriſch anführt, daß ungezweifelte Forderungen ſelten auf dieſe Art verkauft, ſondern diejenigen, denen ſie zuſtünden, ihr Recht lieber ſelbſt verfolgen würden. Denn die Sanction ſelbſt, die deutlich und kategoriſch abgefaßt iſt, macht zwiſchen gewiſſen und ungewiſſen Forderungen keinen Unterſchied [93]). Eben dieſe Behutſamkeit iſt nöthig, wenn wir ein Geſetz aus der unterweilen darinn vom Geſetzgeber ſelbſt angeführten ratione legis interpretiren wollen. Denn die Geſetzgeber haben uns nicht immer die wahren Urſachen ihrer Legislation angegeben. Ich werde in der Folge bey der Lehre von der logiſchen Interpretation über dieſen wichtigen Gegenſtand mich umſtändlicher erklären. Hier muß ich aber noch bemerken, daß wir dieſelbe Behutſamkeit auch nöthig haben, wenn in einem Geſetz die Mei-

nun-

93) S. die gemeinnützigen juriſtiſchen Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elſäſſer. IV. Band. Nr. XII. §. 139.

nungen mehrerer Rechtsgelehrten angeführet werden, um nicht die legale Meinung mit der doctrinellen zu verwechſeln. Es wird dieſe Bemerkung beſonders bey den legibus Pandectarum ihre Anwendung finden. Die röm. Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Pandecten zuſammengetragen worden ſind, pflegen neben ihrer eigenen Meinung über dieſe oder jene Rechtsfrage nicht ſelten das Gutachten anderer Juriſten, welche etwa das Gegentheil behaupteten, anzuführen. Daß nun in ſolcher Verſchiedenheit der Ausſpruch desjenigen Rechtsgelehrten den Vorzug verdiene, deſſen Namen die Ueberſchrift des Geſetzes bezeichnet, leidet gar keinen Zweifel, weil ſeine Meinung durch die Aufnahme in das Korpus der Pandecten legale Auctorität erlangt hat. Bisweilen iſt es freylich ſchwer, die legale Meinung von der bloßen Lehrmeinung zu unterſcheiden; daher man ſich nicht wundern darf, wenn hin und wieder hieraus erhebliche Irrthümer entſtanden ſind. Beyſpiele davon geben *L.* 7. §. 10. *D. de minorib.* und *L.* 11. §. 18. *D. de Act. emti vend.* deren Inhalt ich zu ſeiner Zeit näher entwickeln werde [94]).

Ein Geſetz in der oben angeführten allgemeinen Bedeutung kann entweder *lex perfecta* oder *imperfecta* ſeyn, je nachdem es entweder eine vollkommene oder unvollkommene Verbindlichkeit ausdruckt. In einer andern Bedeutung unterſcheiden die Fragmenta iuris Antejuſtinianei [95]) *legem*

94) S. des Herrn Prof. Webers oben angeführte Reflexionen §. 8.

95) ULPIANUS in Fragm. Tit. 1. §. 1. et 2. *Ant.* SCHULTING ad Eundem in not. 3. et ſqq. *Iurispr. vet. Antejuſt.* p. 561. ſqq. et VOET ad Pand. Tit. de Legib. §. 16.

perfectam, *imperfectam*, und *minus quam perfectam* von einander. Ein Gesetz der ersten Art war ein solches, welches etwas verbot, so daß die gegen das Verbot unternommene Handlung für nichtig gehalten werden sollte. Ein Gesetz der andern Art wurde dasjenige genennt, welches etwas zwar verbot, aber, wenn es einmahl geschehen, solches nicht für null erklärte, auch keine Strafe darauf setzte. Ein solches Gesetz war die Lex Cincia, in welcher unter andern verboten war, über eine gewisse Summe zu schenken. Dem Donator stand in solchem Falle nur die actio rescissoria zu, wodurch er dasjenige wieder bekommen konnte, was er über die gesetzliche Maaße dem andern geschenkt hatte [96]). Hatte er die Schenkung noch nicht vollzogen, so konnte er sich in Ansehung dessen, was die gesetzlich bestimmte Summe überstieg, mit einer Exception schützen [97]). Ein Gesetz endlich von der dritten Art hieß dasjenige, welches eine Handlung zwar verbot, solche aber, wenn sie einmahl unternommen worden, nicht vernichtete, sondern nur eine Strafe darauf setzte. Hierher gehörte die Lex Furia testamentaria, welche verbot, niemanden mehr als 1000. Asses zu vermachen, und dem Legatar, welcher mehr nahm, mit der poena quadrupli bestrafte.

§. 5.

96) *L.* 21. §. 1. *D. de donat.*

97) *L.* 24. *D. de donat. L.* 5. §. 2. *et* 5. *D. de doli mali et met. except.* S. BRUMMER ad L. Cinciam C. III. Mehrere Beyspiele solcher Legum imperfectarum findet man beym NOODT in Commentar. ad Digesta. Tit. de religiosis. Tom. II. *Oper.* p. 268. (edit. Belgicae 1735. fol.)

§. 5.

Mittel, die Befolgung der Geſetze bey den Unterthanen zu bewirken.

Es iſt wohl nicht nöthig, noch erſt zu erinnern, daß man nicht Geſetze giebt, um Geſetze zu geben, ſondern um das Beſte des Staats entweder durch Erlangung eines gewiſſen Guts oder durch Abwendung eines gewiſſen Uebels zu bewirken. Wenigſtens haben alle Geſetze dieſe Vermuthung für ſich, daß ſie in keiner andern Abſicht ſind gegeben worden [98]). Das höchſte Wohl des Staats beſtehet alſo in der genaueſten Beobachtung der Geſetze. Sind nun gleich Unterthanen in dieſer Rückſicht ſchon an ſich verpflichtet, den Geſetzen ihres Oberherrn Folge zu leiſten, und ihre Handlungen denſelben gemäß einzurichten, ſo ſtehet es doch dem Geſetzgeber zu, zweckmäſige Mittel zu gebrauchen, und dadurch die Beobachtung ſeiner Geſetze deſto gewiſſer und unausbleiblicher zu machen [99]). Dieſe Mittel werden deſto wirkſamer ſeyn, je mehr ſie der Verſuchung, die Geſetze zu

98) Vortreflich ſagt daher CICERO in Orat. pro A. Cluentio cap. 53. Mens, et animus, et conſilium, et ſententia civitatis, poſita eſt in legibus. Ut corpora noſtra ſine mente: ſic civitas ſine lege, ſuis partibus ut nervis, ac ſanguine et membris, uti non poteſt.

99) Von den Mitteln, wodurch die Heiligkeit der Geſetze geſichert wird, handeln ſehr ausführlich Guſtav Bernh. Becmann in Diſſ. de aequitate privilegii odioſi et poteſtate imperantis circa illud. Goettingae 1750. §. 8. u. folg. und beſonders Dr. Chriſt. Daniel Erhard in dem Verſuch über das Anſehen der Geſetze, und die Mittel, ihnen ſolches zu verſchaffen und zu erhalten. Dresden 1791. 8.

übertreten, in den Gemüthern der Unterthanen ein Gegengewicht zu geben vermögend sind. Gleichwie nun die Vorstellung des Guten und Bösen, welches eine Handlung zur Folge haben kann, allerdings ein starkes Motiv giebt, wodurch wir zur Begehung oder Unterlassung einer solchen Handlung bestimmet werden, so pflegen nun entweder Verheissung gewisser Belohnungen oder Androhung und Zufügung gewisser Uebel die beyden Mittel zu seyn, wodurch Gesetzgeber ihren Anordnungen Ansehen und Unverbrüchlichkeit zu geben suchen[100]). Daher

100) Die alten griechischen und römischen Gesetzgeber suchten ihren Gesetzen insonderheit dadurch eine größere Heiligkeit zu geben, daß sie solche der Eingebung einer gewissen Gottheit zuschrieben. Bekannt sind die Täuschungen eines Solons, Zaleucus, Numa Pompilius und anderer mehr. S. *Io. Sal.* BRUNQUELII Prolus. Acad. de variis veterum legibus suis sanctitatem auctoritatemque conciliandi modis. Ienae 1729. Allein heut zu Tage ist man überzeugt, daß die Sorge für die Bildung, gute Erziehung und den Wohlstand der Staatsbürger ein weit zweckmäßigeres und wirksameres Mittel sey. Die Bildung setzt uns erst in den Stand, unsere vollkommene Pflicht, niemanden zu verletzen, und die Wichtigkeit ihrer Erfüllung selbst zu erkennen, und führt uns auf solche Bewegungsgründe der Religion, Moral und Politik, die einen stärkern und allgemeinern Eindruck machen, als die strafende Gewalt. Man sehe Erhard in dem angef. Versuch Kap. 3. Ferner Eberhard über Staatsverfassungen und ihre Verbesserung. Berlin 1793. Vorles. 18. auch die Abhandlung eines Ungenannten über das Verhältniß der Schulen zum Staate, in dem philosophischen Journal für Moralität, Religion und Menschenwohl von Schmid und Snell. Giessen 1793. B. 1. H. 1. S. 108. und die Uebersetzung des Buchs: Guter Rath an die Völker Europens

her ſagt Ulpian in dieſer Hinſicht richtig, bonos non ſolum metu poenarum, verum etiam praemiorum exhortatione effici [1]). Ob nun gleich die Beyſpiele ſolcher Geſetze nicht unbekannt ſind, in welchen die Geſetzgeber durch verheiſſene Belohnungen ihre Unterthanen zur Befolgung derſelben zu ermuntern geſucht haben, man denke z. B. an die Legem Iuliam et Papiam Poppaeam; ſo iſt doch ſolches eines Theils nur alsdann geſchehen, wenn den Geſetzgebern daran gelegen war, eine an ſich unvollkommene Pflicht aus gewiſſen Staatsabſichten bey ihren Unterthanen mehr in Ausübung zu bringen, und es ihnen nicht wohl ſchicklich zu ſeyn ſchien, die Erfüllung derſelben ſchlechterdings aufzuerlegen; andern Theils aber iſt auch jenes Mittel, welches Ulpian in exhortatione praemiorum ſetzet, darum nicht zweckmäſig genug, weil es dem Staate zu koſtbar fällt, und überdies nach der verſchiedenen Denkungsart der Menſchen auch nicht immer wirkſam iſt. Es bleibt da-

pens bey der Nothwendigkeit die Regierungsgrundſätze überall zu verändern. London 1792. Kap. 4. Durch Beförderung der Bildung der Staatsbürger zum allgemeinen Zweck, ferner durch Begünſtigung der Künſte, des Handels und der Gewerbe werden auch die Quellen verſtopft, und die Gelegenheiten entfernt, woraus Beleidigungen entſtehen. Zu jenen gehört beſonders Aberglaube, Mangel an Lebensunterhalt, und Unſittlichkeit, wodurch die mehreſten Verbrechen von jeher veranlaßt worden ſind; wie die in Kleins Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelahrtheit in den Preuß. Staaten allenthalben angeführten Beyſpiele beweiſen. Siehe auch den Verſuch über die geſetzgebende Klugheit, Verbrechen ohne Strafen zu verhüten. Frankf. u. Leipzig 1778.

1) *L. 1. §. 1. D. de Iuſtit. et Iure.*

her die Furcht für üble Folgen wohl das sicherste Mittel, Unterthanen, welche sonst vielleicht geneigt seyn dürften, der Stimme der Gesetze kein Gehör zu geben, auf dieselbe aufmerksam zu machen.

Die Uebel, welche der Gesetzgeber mit der Nichtbeobachtung seiner Gesetze verbinden kann, können nun mancherley seyn. Wir wollen nach Anleitung unsers Verfassers nur die gewöhnlichsten anmerken. Dahin gehört

1) die Nichtigkeit einer solchen Handlung, die dem Gesetze zuwider unternommen worden ist. Zwar soll nach Vorschrift der L. 5. Cod. de Legibus jede Handlung, welche wider ein verbietendes Gesetz unternommen worden ist, schon an sich nichtig seyn, wenn auch gleich der Gesetzgeber diese Folge nicht ausdrücklich bestimmt und angedrohet hätte; allein oft findet man doch auch die Clausel der Nullität dem Gesetze ausdrücklich beygefüget. Ein Beyspiel davon giebt das durch einen Senatsschluß bekräftigte Verbot des Kaisers Marcus, sich über künftige Alimente ohne obrigkeitliche Einwilligung zu vergleichen; in diesem heisset es: *ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta* [2]). So erfordern ferner die positiven Gesetze die Einwilligung der Eltern bey der Verheyrathung der Kinder, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, und erklären die ohne solchen Consens geschlossene Ehe schlechterdings für nichtig [3]).

2) Ein

2) *L.* 8. *pr. D. de Transact.*

3) *Princ. Inst. de nupt.* verglichen mit §. 12. *I. eod. L.* 2. *D. de rit. nupt. c.* 1. 3. 4. *Caus. XXX. Qu.* 5. *cap.* 3. *X. Qui matrim. accus. poss.*

2) Ein anderes Uebel, welches die Nichtbeobachtung eines Geſetzes zur Folge haben kann, beſtehet in dem Verluſt ſeines habenden Rechts oder eines andern Vortheils, welchen man ſonſt nach den Geſetzen zu hoffen gehabt hätte. So erklärt z. B. Kaiſer Marcus [4]) denjenigen ſeines Rechts verluſtig, der, ohne den Richter anzutreten, ſolches mit eigener Gewalt durchzuſetzen, ſich unternehmen würde; und die Geſetze machen es jeder Mutter zur Pflicht, nach dem Tode ihres Mannes für ihre unmündigen Kinder bey der Obrigkeit um Vormünder zu bitten, und verknüpfen mit der vorſetzlichen Verabſäumung dieſer Pflicht den Verluſt ihres geſetzmäſigen Erbrechts auf das Vermögen ihrer Kinder [5]).

3) Kann der Oberherr mit der Uebertretung ſeiner Geſetze auch ſchmerzhafte Folgen verbinden, um durch Vorſtellung derſelben dem Reize des Verbrechens entgegen zu arbeiten. Man nennet dieſe Folgen Strafen. Das Wort Strafe iſt zwar, wie bekannt, ſehr vieldeutig, es iſt aber hier der Ort nicht, die verſchiedenen Bedeutungen deſſelben anzugeben, mir iſt es hier genug, zu bemerken, daß Strafe im eigentlichen Verſtande ein empfindliches Uebel ſey, welches jemandem wegen eines begangenen Verbrechens vermöge geſetzlicher Diſpoſition zugefüget wird. Ein ſolches Geſetz, welches eine gewiſſe Handlung darum, weil ſie den gemeinen Zweck der bürgerlichen Staatsgeſellſchaft hindert, unter Androhung eines Uebels verbie-

4) *L. 7. C. unde vi. L. 13. D. quod met. cauſ.*

5) *L. 2. §. 1. D. Qui petant. tutor. vel curat.*

tet, deſſen nachtheilige Folgen für den Uebertreter deſſelben die von der geſetzwidrigen Handlung zu hoffenden Vortheile überwiegen, um dadurch beſorgliche Verletzungen auf alle Weiſe zu verhüten, wird ein Straf- oder Pönalgeſetz genennet; und die freye Uebertretung eines ſolchen Strafgeſetzes, wodurch dem gemeinen Zweck und Wohl der bürgerlichen Geſellſchaft entgegen gehandelt wird, iſt ein Verbrechen [6]). Die weitere Entwickelung dieſer Begriffe gehört in das Criminalrecht.

Zuletzt bemerke ich noch, daß derjenige Theil des Geſetzes, welcher das Uebel feſtſetzt, ſo den Uebertreter deſſelben treffen ſoll, eigentlich Sanctio genennet wird [7]), daher Strafgeſetze bey den Alten leges ſanctae [8]), auch ſacratae [9]) hieſſen; es iſt jedoch ſehr gewöhnlich, per ſyn-

6) S. Chriſt. Carl Stübels Syſtem des allgemeinen peinlichen Rechts 1. Band (Leipzig 1795. 8.) §. 14. ff. Kleins Grundſätze des gemeinen teutſchen und preuß. peinlichen Rechts (Halle 1796. 8.) §. 9. Stelzers Lehrbuch des teutſchen Criminalrechts (Halle 1793. 8.) §. 79. Kleinſchrods ſyſtemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. (Erlangen 1794. 8.) §. 4. ff. und 2. Th. 1. Kap.

7) §. 10. *I. de rer. diverſ. L.* 41. *D. de poenis.* CICERO in *Verr. IV. c.* 66. et *pro Balbo c.* 14. ERNESTI in Clavi Ciceron. voc. *Sanctio.*

8) Siehe TURNEBUS Adverſar. Lib. IX. c. 6. HOTOMANNUS in Commentar. de verbis iuris in voc. *Sanctum.* et BRISSONIUS de Verbor. iuris Significat. in voc. *Sanctio,* et *Sanctus.*

9) Dieſen Namen erhielten in den älteſten Zeiten der Römer inſonderheit diejenigen Strafgeſetze, welche die Clauſul enthiel-

ſynecdochen auch die Geſetze ſelbſt Sanctiones zu nennen.

§. 6.

Innerliche Handlungen der Menſchen können kein Gegenſtand menſchlicher Geſetze ſeyn. Bemerkung über die *L.* 18. *D. de poenis.*

Da die Geſetze des Oberherrn den Handlungen ſeiner Unterthanen zur Richtſchnur dienen ſollen, ſo entſteht die Frage, was für Handlungen der Diſpoſition eines menſchlichen Geſetzgebers unterworfen ſind? Die Handlungen der Menſchen ſind nämlich, wie bekannt, ſehr mancherley; ſie können einmahl bloß innerliche ſeyn, die eine Wirkung unſerer Seele und des Verſtandes ſind, und daher in Gedanken, Begriffen, Vorſtellungen und Ueberzeugung beſtehen. Sie können aber auch zweytens äuſſerliche Handlungen ſeyn, deren Wirkungen ſich auſſer dem Menſchen zeigen. Ein menſchliches Geſetz kann nun bloß den äuſſerlichen Handlungen der Menſchen eine Richtſchnur ertheilen; innerliche Handlungen hingegen können der Diſpoſition eines menſchlichen Geſetzgebers nicht unterworfen ſeyn. Sie können darum kein Gegenſtand der Geſetze ſeyn, weil ſie eines Theils keinen Zwang zulaſſen, und andern Theils auch keinen Einfluß in die Wohlfarth des Staats haben. So wenig alſo der Regent im Staat durch ſeine geſetz-

hielten: *Qui aliter faxit, cum pecunia familiaque ſacer eſto.* Daher ſagt FESTUS de verbor. ſignificat. Lib. XVII. SACRATAE LEGES *ſunt, quibus ſanctum eſt, ut, qui quid adverſus eas fecerit, ſacer alicui deorum ſit cum familia pecuniaque.* Man vergleiche *Frid.* PLATNERI de legibus ſacratis liber ſingularis. Lipſiae 1751. 8.

gesetzgebende Gewalt dem Verstande und der Ueberzeugung seiner Unterthanen eine solche Richtung zu geben vermag, daß sie etwas für wahr halten sollen, von dessen Gegentheil sie nach ihren Begriffen und Vorstellungen überzeugt sind, vielmehr alles, was den Verstand und die Ueberzeugung angehet, gänzlich ausser der Sphäre der gesetzgebenden Macht liegt; so wenig kann auch schon der bloße Gedanke, eine strafwürdige Handlung zu begehen, zu dessen Realisirung aber durch äussere Thätigkeit noch gar keine Anstalt getroffen worden ist, in der bürgerlichen Gesellschaft als eine straffällige Uebertretung des Gesetzes angesehen werden [10]); vielmehr wird in solchem Falle die bekannte Parömie eintreten: Gedanken sind zollfrey [11]); oder wie Ulpian in der *L.* 18. *D. de poenis* sich ausdrückt: Cogitationis poenam nemo patitur [12]).

Wenn

10) Daher sagt schon Paulus in der *L.* 53. §. 2. *D. de Verb. Signif.* Consilium solum habuisse non nocet, nisi et factum secutum fuerit.

11) S. Eisenharts Grundsätze des teutschen Rechts in Sprüchwörtern. Fünfte Abtheil. Nr. I. S. 441. nach der neuesten Ausgabe. Leipzig 1792.

12) Ich muß bey dieser Stelle anmerken, daß Ulpian jene Regel zwar eigentlich nur bey Erklärung des Edicts: quod quisque iuris in alterum statuit, ut ipse eodem utatur, angebracht hat, wie man aus der Ueberschrift der L. 18. wahrnimmt, wenn man damit die Inscription der *L.* 1. u. 3. *D. Quod quisque iuris* vergleichen will; sie darf aber deswegen doch auf jenes Edict nicht blos allein eingeschränkt werden, sondern muß vielmehr jetzt auch als allgemeine Regel des römischen Rechts darum gelten, weil sie Tribonian unter den allgemeinen Titel *de poenis* gebracht hat. Hieraus ergiebt

sich

Wenn ich jedoch behaupte, daß der bloße Vorſatz, ein Verbrechen zu begehen, in ſofern nämlich derſelbe noch durch keine äuſſerliche Handlungen zu erkennen gegeben worden iſt, in foro humano noch nicht ſtraffällig mache, ſo muß ich, um nicht mißverſtanden zu werden, nur noch einen Gedanken hinzufügen. Es iſt eine ganz andere Frage, ob nicht unterweilen die bloße Abſicht, eine ſtrafwürdige Handlung zu begehen, geſetzt auch, daß man aus Irrthum eine wirklich erlaubte Handlung vorgenommen hätte, geſtrafet werden könne? Man ſtelle ſich den Fall vor, den **Johann Owen** [13]) in folgenden Verſen ſehr naiv erzählt:

Cum propria imprudens coniux uxore coivit,
Quam falſo alterius credidit eſſe viri.

oder man ſetze, es habe ſich einer vorgenommen einen Diebſtahl zu begehen, im Grunde aber eine Sache entwendet, die ihm ſelbſt zugehörte, und auf welcher keinem andern ein Recht

ſich eine für die Hermenevtik ſehr wichtige Regel, daß wir nämlich bey Erklärung der Fragmente der alten Röm. Juriſten, aus deren Schriften unſere Pandecten compiliret worden ſind, nicht immer auf die Verbindung und den Zuſammenhang ſehen dürfen, in welchem ſie urſprünglich geſtanden haben, ſondern ſolche vielmehr in derjenigen Verbindung erklären müſſen, in welcher Tribonian ſelbige den Pandecten einverleibet hat. S. CUJACIUS lib. VIII. Obſervat. cap. 22. VOORDA in Electis Cap. XXII. und *I. L. E.* PÜTTMANNI Interpretat. et Obſervat. iuris. Cap. XIX. pag. 89. Ein Beweis daß die Cujacianiſche Methode, die ſogenannten *Leges Pandectarum* mit Hülfe ihrer Inſcriptionum zu erklären, mit Behutſamkeit zu gebrauchen ſey.

13) *Epigram. I.* 80.

Recht zustand? Kann wohl ersterer als ein Ehebrecher, und letzterer als ein Dieb gestraft werden? Nein, dies ist ganz ausser Zweifel. Schon Aristoteles [14]) sahe dieses ein, wenn er an den Nicomachus schrieb: Μυιχεύει οὐδεὶς τὴν ἑαυτῦ, οὐδὲ κλέπτει τὰ ἑαυτῦ. d. i. Niemand begehet mit seiner eigenen Frau einen Ehebruch, es kann auch Niemand seine eigene Sache stehlen. Und eben so wird ein ähnlicher Fall entschieden, in §. 8. *I. de obligat. quae ex delicto nascunt.* Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, (der Eigenthümer hatte z. B. bey sich beschlossen, daß er dem Commodatar die ihm geliehene Sache schenken wolle) dicitur furtum non fieri. Aber wird gleich die Handlung selbst nicht als dasjenige Verbrechen angesehen, welches sich ihr Urheber zu begehen vorgesetzt hatte, so fragt sich's doch, ob nicht wenigstens die dabey gehabte böse Absicht einige Strafe verdiene? Dieses ist allerdings zu behaupten. Zwar können die Worte des bekannten Hadrianischen Rescripts beym Callistratus in der *L.* 14. *D. ad Leg. Cornel. de Sicariis:* in maleficiis voluntas spectatur, non exitus, hier zu keinem Beweiß dienen; denn so verschieden auch diese Verordnung von den Auslegern des römischen Rechts erkläret wird [15]), so kann man ihr doch in der That keinen

14) *Lib. V. ad Nicomachum cap. ult.*

15) Cujaz Observat. Lib. XV. c. 25. glaubt, daß diese Verordnung nur auf Verbrechen höherer Art Beziehung habe. Andere wenden diese Vorschrift auf alle Verbrechen an. Püttmann in Elem. iur. crim. §. 58. Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. 1. Th. §. 33. not. d. Eine ganz eigene Meinung hegt Corn. van Bynkershöck Observat. Iur. Rom. Lib. III. c. 10. er hält dafür, daß der Ausdruck male-

keinen andern Sinn beylegen, als dieſen, daß der Richter bey unglücklichen Ereigniſſen, welche das Anſehen eines Verbrechens haben, um zu beurtheilen, ob eine Perſon ſchuldig oder unſchuldig ſey, nicht bey der That allein, und deren Fol-

maleficium — hier keine allgemeine, ſondern eine vorzügliche Bedeutung habe, und nur von ſolchen Miſſethaten, deren der Theodoſiſche und Juſtinianiſche Codex unter dem Titel: de maleficis et mathematicis, erwähnet, angenommen werden dürfe. Hauptſächlich will er ihn von der Giftmiſcherey und ſolchen Arten des Menſchenmords verſtanden wiſſen, wovon Lex Cornelia de ſicariis inſonderheit gehandelt habe. Daher laſſe ſich auch begreifen, wie L. 14. in den Titel der Pandecten, worin von dem gedachten Corneliſchen Geſetz gehandelt wird, habe gebracht werden können. Einige gehen noch weiter, und ſuchen durch eine Verſetzung der Worte den Sinn des Geſetzes zu beſtimmen. Sie leſen nämlich in maleficiis *non* voluntas ſpectatur, ſed exitus. Allein die richtigſte Erklärung iſt, wenn wir unter *maleficium* jeden unglücklichen Vorfall, der zu einer Criminalunterſuchung Gelegenheit geben kann, oder jedes unerwartete Factum, ſo den Urheber zu irgend einer Verantwortung verpflichten kann, verſtehen, eine Bedeutung, in welcher dieſes Wort ſowohl bey den alten claſſiſchen Scriptoren, LIVIUS *Lib. V. c. 3. VII. 20.* als in den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten vorkommt, *L. 1. D. de obligat. et actionib. L. 53. pr. D. de furtis. L. 16. §. 10. D. de poenis.* Es beſtärkt dieſe Erklärung inſonderheit auch das Wort *voluntas;* welches hier ſo viel als Vorſatz oder Abſicht heißt. Die Worte *non exitus* heiſſen ſo viel als non ſolus exitus, d. i. man ſoll nicht auf den Erfolg der That allein, ſondern beſonders auf die Abſicht ihres Urhebers ſehen. Man vergleiche die gelehrte Abhandlung über *L. 14. D. ad L. Corn. de ſicar.* in dem neuen Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte, herausgegeben von Günther und Otto, auf das Jahr 1786. 1. Stück. S. 1—17.

Folgen stehen bleiben, sondern besonders auf die Absicht dessen, der sie veranlaßte, Rücksicht nehmen müsse, um den ohngefähren nicht imputablen Zufall, desgleichen die bloße Fahrlässigkeit, von der Arglist und Bosheit zu unterscheiden. Hier setzen wir aber einen solchen Fall zum Grunde, wo die vorgenommene Handlung an sich erlaubt und unschädlich war, allein durch Täuschung oder Irrthum ihres Urhebers als Verbrechen unternommen wurde. Folglich paßt jene Vorschrift der L. 14. hier darum nicht, weil sie von wirklich unglücklichen Vorfällen z. B. begangenen Todschlägen handelt. Allein dem sey, wie ihm wolle, so hat unsere obige Behauptung doch ihre völlige Richtigkeit, und den Beyfall der berühmtesten Rechtslehrer [16]) für sich. Der Grund, den Justinian [17]) in einem ähnlichen Falle zur Entscheidung anführt, ist auch allerdings treffend, damit nicht die gänzliche Unsträflichkeit den Thäter verleiten möge, dasjenige Verbrechen wirklich noch zu begehen, was er bisher ohne Erfolg der That sich nur vorgesetzet hatte.

§. 7.

16) S. Kanzler Koch in Institut. iur. crim. Lib. I. c. 2. §. 16. Prof. Püttmann in den Adversar. iuris universi cap. 16. §. 9. Hr. Geh. JustizR. Klein in den Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten IV. Band S. 65. und Christoph Carl Stübel im System des allgemeinen peinlichen Rechts. II. Band. §. 182.

17) §. 8. *I. de Obligat. quae ex delicto.* Daß Justinian nur in dem von ihm vorgetragenen Falle eine Ausnahme habe machen wollen, läßt sich aus der *L.* 20. *Cod. de furt.* nicht ersehen. Der daselbst angeführte allgemeine Entscheidungsgrund zerstreuet allen Zweifel.

§. 7. u. 8.

Nur den äuſſerlichen freyen Handlungen der Menſchen können die Geſetze eine Richtſchnur ertheilen.

Alſo nur äuſſerliche Handlungen der Menſchen liegen in der Sphäre der Geſetzgebung. Allein auch dieſe können wieder ſehr verſchieden ſeyn. Sie ſind entweder freye oder nicht freye Handlungen. Da eine freye Handlung nicht gedacht werden kann, wo nicht ein Vermögen willkührlich zu handeln da iſt, ſo iſt zuförderſt der Begriff einer willkührlichen Handlung zu entwickeln. Eine Handlung ſtehet entweder in unſerer Gewalt, ſo daß wir uns ſelbſt dazu beſtimmen können, oder nicht. Handlungen der letztern Art werden unfreywillige Handlungen genennet, und dieſe können von zweyerley Art ſeyn, entweder ſolche, wozu wir durch eine äuſſerliche unwiderſtehliche Gewalt genöthiget werden, oder ſolche, wozu wir von unſerer Natur durch ein in der Organiſation unſeres Cörpers gegründetes Principium angetrieben werden, jene werden erzwungene, dieſe aber phyſiſch nothwendige Handlungen genennet. Wenn im Gegentheil eine Handlung in unſerer Gewalt ſtehet, ſo daß wir ſie thun und auch unterlaſſen können, ſo nennt man ſie eine willkührliche Handlung (actio arbitraria). Wer nun eine ſolche willkührliche Handlung unternimmt, iſt entweder im Stande, ſich die Folgen derſelben vorzuſtellen, und darnach mit Ueberlegung ſeinen Willen zu beſtimmen, oder es iſt dem Handelnden dies nicht möglich. Im erſten Falle heißt die Handlung eine freye, im zweiten eine blos willkührliche nicht freye Handlung. Wer ferner frey handeln d. i. die Folgen einer unternommenen Handlung überlegen, und die Gründe und Gegengründe derſel-

den prüfen und abwägen konnte, war nun auch entweder wirklich nicht eher zu der Handlung geschritten, als nach einer vorher angestellten reiflichen Ueberlegung, oder er hatte nicht über die Folgen der Handlung gehörig nachgedacht, sondern die Handlung unüberlegt aus Uebereilung oder in der Hitze der Leidenschaft begangen. Ob nun gleich die Handlung auch im letzten Falle noch immer freye Handlung bleibt, so ist doch nicht zu läugnen, daß ein Mensch in der Hitze des Affects nicht mit völliger Vernunft handele, und folglich in einem solchen Falle keine völlige Freyheit da sey. Denn nur da, wo mit völliger Vernunft und Ueberlegung gehandelt wird, ist völlige Freyheit vorhanden. Daher heißt nun eine Handlung im strengsten Verstande frey [18]), welche nach vorhergegangener reiflicher Ueberlegung und Prüfung der Gründe und Gegengründe von einer solchen Person ist unternommen worden, die das vollkommene Vermögen hatte, sich selbst zur Befriedigung oder Nichtbefriedigung eines Begehrens entweder nach dem Gesetze, oder gegen dasselbe zu bestimmen [19]). Dieses vorausgesetzt, so entstehet

18) Ist von Verbrechen die Rede, die mit solcher Ueberlegung und völligen Freyheit sind verübet worden, so gebrauchen unsere peinl. Rechte die Ausdrücke: fürsetzlich, muthwillig, geflissen. S. Peinl. Gerichtsordnung Carls des V. Art. 137. u. 159.

19) S. Mart. Ehlers über die Lehre von der menschlichen Freyheit. (Dessau.) Feders Untersuchungen über den menschlichen Willen. B. 1. Abschn. 1. Kap. 1. §. 6. B. V. Hauptst. IV. §. 66. 67. Leonh. Creuzers sceptische Betrachtungen über die Freyheit des Willens. Giessen 1793. F. C. Forberg über die Gründe und Gesetze der freyen Handlungen. Jena 1795. und Stübels System des allgemeinen peinl. Rechts. 2. Band. §. 243. ff.

entſtehet nun die Frage, ob nur freye Handlungen allein, oder ob nicht auch unfreywillige, nicht freye Handlungen, den Geſetzen des Staats unterworfen ſeyn können? Man möchte letzteres beynahe glauben, wenn man beym Marcian in der *L.* 2. *D. de Legib.* lieſt: Lex eſt — coërcitio eorum, quae ſponte, vel *involuntarie* delinquuntur. Kein Wunder, wenn einige Rechtsgelehrte behauptet haben, daß ein Raſender zwar nicht geſtraft werden könne, aber doch zur Vergütung des Schadens, den er angerichtet hat, allerdings verbunden ſey [20]; ſie meinen, daß dem Beſchädigten deshalb die actio in factum in den bürgerlichen Geſetzen zugeſtanden werde [21]. Allein, daß dieſe Meinung nicht allein dem Naturrechte, ſondern auch dem wahren Sinne der bürgerlichen Geſetze offenbar entgegen ſey, haben Andere ſchon aus beſſern Gründen gezeigt [22]. Denn ſchon

20) Dieß behaupten MENCKE ad Pandect. Lib. XLVII. Tit. 1. §. 14. SCHAUMBURG Compend Digeſtor. Lib. IX. Tit. 1. §. 3. SCHMIDT Inſtit. iur. civ. §. 423. HOMMEL Rhapſod. Quaeſt. Vol. IV. Obſ. 567. von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrheit. S. 58. Denen auch neuerlich Hr. Prof. *Chriſt. Guil.* WEHRN in doctr. iuris explicatr. principiorum et cauſarum damni, habita doli mali, culpae, moraeque eiusque, quod intereſt, ratione, praeſtandi. (*Lipſiae* 1795. 8.) Cap. I. §. 2. Not. 43. pag. 8. ff. beygetreten iſt.

21) Sie haben dergleichen in der *L.* 33. *D. ad L. Aquil.* gefunden zu haben vermeint, wo Paulus ſagt: *In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur*, in factum *datur* actio.

22) S. VOET in Comm. ad Pandect. Tit. ad L. Aquiliam §. 29. STRYK in Uſ. Mod. Pand. Lib. IX. Tit. I. §. 2. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 532. Med. 2. et 3. *Frid. Eſ.* PUFFENDORF Tr. de culpa P. 3. cap. 3. §. 40. et 41. von Quiſtorp Grund-

die Gesetze der Vernunft erfordern zu einer jeden verbindlichen Handlung, daß sie ihrem Urheber zu imputiren sey, da dies aber bey denen wegfällt, welchen es am Verstande und Willen mangelt, um frey handeln zu können, so ist der Schade, den solche Personen anrichten, offenbar nur ein damnum casuale, weshalb derjenige, welchen er trift, keine Vergütung fordern kann. Und mit diesen Grundsätzen des Naturrechts stimmen auch die bürgerlichen Gesetze überein, Impune puto admittendum, sagt daher **Pompon** [23]), quod per furorem alicuius accidit: quomodo *si casu aliquo, sine facto personae, id accidisset:* und sehr treffend ist der Entscheidungsgrund des Pegasus beym **Ulpian** [24]): Quae enim in eo culpa est, quum suae mentis non sit? Aber sollten nicht die oben angeführten Gesetze einigen Widerspruch machen, und die Meinung jener Rechtsgelehrten wenigstens insofern rechtfertigen, als nur von einer Schadensersetzung die Rede ist? Ich glaube es nicht. Denn wenn **Paulus** da, wo die eigentliche Klage aus dem Aquilischen Gesetz wegfällt, dem Beschädigten die Befugniß einräumt, in factum zu klagen: so kann unmöglich seine Meinung dahin gehen, daß die letztere Klage ohne Unterschied, ob der Schade vorsätzlich, oder aus Fahrläßigkeit, oder durch ein Ungefähr angerichtet worden, immer durchgängig statt

Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 28. Westphals Criminalrecht. 9te Anmerk. §. 16—20. und insonderheit Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 71. S. 294. der neuesten Ausgabe.

23) *L. ult. in fin. D. de administr. et peric. tut.*

24) *L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil.*

ſtatt finde. Es erhellet vielmehr aus andern Geſetzſtellen [25]) daß die actio in factum, welche in den Fällen Statt haben ſoll, wo die Klage aus dem Aquiliſchen Geſetz ceſſirt, nur gegen den, *qui obnoxius fuerit*, alſo wer Schuld hat, daß der Schade geſchehen, ſolle angeſtellet werden können. Wie kann man aber dieſes in dem Falle behaupten, wo alle Imputation gänzlich wegfällt, und nichts als ein damnum caſuale vorhanden iſt, und wo daher ſelbſt nach den Geſetzen der Vernunft, ohne deren Beyſtand die actio in factum gänzlich wegfällt, keine Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens vorhanden iſt [26]). Es kann aber auch eben ſo wenig der vom Marcian angegebene Begriff des Geſetzes ſo verſtanden werden, als ob unfreye Handlungen nach den Geſetzen beurtheilt, und als Verbrechen beſtraft werden könnten. Denn *involuntarie* delinquere, heißt daſelbſt nicht, ohne Freyheit des Willens handeln, ſondern ohne böſen Vorſatz, bloß aus Unachtſamkeit und Unwiſſenheit ſich vergehen, wie ſchon Gerhardt Noodt [27]) bemerkt hat. Der Ausdruck *involuntarie* begreift auch die aus Uebereilung und in der Hitze der Leidenſchaft begangenen ſtraffälligen Handlungen unter ſich. Cadunt enim in ignorantiam atque in imprudentiam perturbationes animi, ſagt Cicero [28]), quae quamquam ſint voluntariae,

25) §. *ult. l. de L. Aquil.*

26) S. Weber am angef. Ort Not. 21. S. 296.

27) in Commentar. in Dig. tit. de Legib. Tom. II. Oper. pag. 12. Geſetzt aber, man wollte auch den Ausdruck *involuntarie* durch ungern überſetzen, ſo können ja auch ungern begangene Handlungen frey ſeyn. S. Kleins Grundſätze des peinl. Rechts §. 124.

28) *Topic. c.* 16.

(obiurgatione enim et admonitione deliciuntur) tamen habent tantos motus, ut ea, quae voluntaria sunt, aut necessaria interdum, aut certe ignorata videantur. Es scheinet also wohl das *involuntarie delinquere* das nämliche zu seyn, was Papinian [29]) nennet delictum, quod *ignorantia* contrahitur: *ignorantia* aber ist hier soviel als culpa [30]) Das Resultat von allem diesen ist nun, daß nur äussere willkührliche freye Handlungen der Bürger des Staats der Gegenstand der Gesetze seyn können. Wo also das Vermögen frey zu handeln, ganz wegfällt, da kann keine Verbindlichkeit aus den Gesetzen statt finden. Hieraus folgt weiter, a) daß durch ein Gesetz Keinem etwas auferlegt werden kann, was physisch unmöglich ist [31]); denn hier fällt alle Freyheit weg. Eben dieses gilt b) aus dem nämlichen Grunde auch von physisch nothwendigen Handlungen. So sind ferner c) die Folgen der aus Zwang und ohne Freyheit begangenen Handlungen in der Regel dem Handelnden nicht zuzurechnen. Daß aber auf Seiten desjenigen allerdings Zurechnung statt

29) *L.* 1. *D. de Legib.*

30) S. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficil. tit. de LL. p. 8.

31) *L.* 188. §. 1. *D. de Reg. iur.* Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt. Add. *L.* 185. *et L.* 31. *D. eod.* Ist jedoch Jemand an der Unmöglichkeit, eine gewisse Verbindlichkeit zu erfüllen, selbst schuld, so haftet er wegen des Mißbrauchs seiner Freyheit wenigstens zur Schadensersetzung. Siehe Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien, herausgegeben von Faselius. 2. Band. (Leipzig 1795. 4.) Nr. CXVIII. S. 424.

ſtatt finde, in deſſen vorgeſetztem Willen und Bosheit der Grund ihrer Wirklichkeit angetroffen wird, hat keinen Zweifel. Daher ſagt ſchon Seneca [32]) ganz richtig: *Ad auctores redit ſceleris coacti culpa.* Endlich d) kann ein Geſetz auch in Anſehung derer von keiner Wirkung ſeyn, denen der Gebrauch des Verſtandes, und mithin die Freyheit des Willens mangelt. Es können daher raſende und wahnwitzige Perſonen wegen begangener Verbrechen ſo wenig beſtraft, als eigentlich zur Schadenserſetzung angehalten werden [33]); obgleich die Vergütung des Schadens actione ex lege Aquilia von denen allerdings gefordert werden kann, welchen die Aufſicht über ſolche Perſonen gegeben war, wenn durch deren Nachläſſigkeit und Verwahrloſung dieſer Schade hauptſächlich angerichtet worden iſt [34]).

§. 9.

Können auch Religionshandlungen ein Gegenſtand der geſetzgebenden Gewalt ſeyn?

Da die freyen Handlungen der Menſchen entweder weltliche oder Religionshandlungen ſeyn können, ſo entſteht hier

32) *Troad.* v. 870. und *L.* 169. *D. de Reg. iur.* ſagt: Is damnum dat, qui iubet dare, *eius vero nulla culpa eſt, cui parere neceſſe fuit.* Nur da, wo die erzwungene Handlung dem Handelnden ſelbſt in der Geſtalt eines gröſſern Uebels erſcheinen mußte, als dasjenige war, zu deſſen Vermeidung er das Verbrechen unternahm, findet eine Zurechnung der erzwungenen Handlung ſtatt. *Cap.* 5. *X. de his, quae vi metusve cauſa fiunt.*) S. Klein in den angef. Grundſätzen §. 124.

33) S. Quiſtorp in den Grundſätzen des peinl. Rechts. Th. I. §. 38. Klein a. a. O. §. 128. u. 132.

34) *L.* 14. *D. de officio Praeſ.* Hellfeld §. 695. in fin.

noch die Frage, ob und in wiefern Religionshandlungen der gesetzgebenden Gewalt des Regenten im Staate unterworfen sind? Es kommt bey Beantwortung dieser Frage sowohl auf die Beschaffenheit solcher Handlungen selbst, als auf die Art und Weise an, wie die gesetzgebende Gewalt in Ansehung derselben ausgeübt wird. Man nennt bekanntermassen Religionshandlungen überhaupt alle Handlungen, welche Religion und Gottesdienst betreffen. Solche Religionshandlungen können nun, wenn wir auf die persönlichen Verhältnisse der Gottesverehrer sehen, entweder Handlungen einzelner Menschen, oder kirchliche Handlungen seyn. Letztere sind das Resultat einer eigentlichen Religionsübung, und setzen eine Religionsgesellschaft, das ist, Vereinigung mehrerer zur Gottesverehrung, nach gemeinschaftlich anerkannten Grundsätzen, unter Darzwischenkunft eines geordneten und berufenen Geistlichen, voraus. Ohne eine solche Darzwischenkunft und gesellschaftliche Vereinigung bleiben Religionshandlungen nur Handlungen einzelner Menschen. Diese können kein Gegenstand der gesetzgebenden Gewalt seyn. Denn an sich ist Religion Sache eines jeden einzelnen Menschen. Sie ist das Resultat des in dem Verhältniß gegen die Gottheit denkenden und empfindenden Menschen, des in jedem Menschen freyen und selbstthätigen individuellen Gewissens. In diesem Verhältniß, in dieser Sphäre der Religion und des Gewissens giebt es kein Recht, keine Gewalt, die ein Mensch über den andern auszuüben hätte [35]). Von eines jeden einzelnen Menschen Ueberzeugung hängt es daher ab, ob er diese oder

35) S. Maters teutsches geistl. Staatsrecht in der Einleitung §. 2. u. 3.

oder jene Begriffe von Gott für wahr und richtig halte, und nach ſeiner Ueberzeugung hat er die Befugniß und Pflicht, Gott auf diejenige Art und Weiſe zu verehren, die er nach ſeinen Begriffen von dem höchſten Weſen für einzig angemeſſen den Vollkommenheiten deſſelben hält. Deswegen ſtehet er bloß vor ſeinem Gewiſſen und deſſen Richter zur Verantwortung. Niemandem anders braucht er Rechenſchaft davon zu geben [36]). Allein anders verhält es ſich mit den Kirchenhandlungen. Dieſe ſind von doppelter Art. Einige derſelben haben nur einzig und allein Gottesverehrung zum Zweck, und bringen daher in dem Staate keine rechtlichen Wirkungen hervor; andere Religionsverrichtungen ſind hingegen von der Art, daß zwar deren Form, Anordnung, und Vornahme Gottesverehrung zum Zweck hat, und alſo inſofern eigentliche Kirchenhandlungen ſind und bleiben, ſie ſtehen aber daneben mit ſolchen Geſchäften in Verbindung, die zugleich rechtliche Wirkungen im Staate äuſſern, Vorrechte darin geben oder entziehen, Verbindlichkeiten darin feſtſetzen oder aufheben, und bey denen übrigens das Kirchliche, nach dem Symbol der Gottesverehrung dieſer oder jener Religionsgeſellſchaft, mehr oder minder weſentlich ſeyn kann. Kirchenhandlungen der erſtern Art können mit den Namen der geiſtlichen, die der letztern aber durch den Namen gemiſchter Kirchenhandlungen [37]) nicht unſchicklich bezeichnet werden. Die

36) Vergl. des Hrn. Hofrath Schnaubert's vortrefliche Schrift über Kirche und Kirchengewalt in Anſehung des kirchlichen Religionsbegriffs. Jena 1789. S. 23. u. 119.

37) Eben dieſer Benennungen bedient ſich auch der Regierungsrath Brauer in ſeinen gelehrten Abhandlungen zur Erläuterung des Weſtphäl. Friedens. 3. Band S. 9. u. fg.

geistlichen Kirchenhandlungen [38]) sind wieder von zweyerley Art. Manche davon haben mit den Lehrsätzen der Religion einen wesentlichen Zusammenhang, werden durch die Symbole der Religionsgesellschaft bestimmt, und machen also nöthige Bestandtheile der Gottesverehrung aus; diese werden äusserliche nothwendige, oder wesentliche Religionshandlungen genennt. Zu solchen kirchlichen Religionshandlungen gehört z. B. der Gebrauch des heiligen Abendmahls, oder bey den Katholiken die Meße, letzte Oelung u. dergl. Ueber solche Handlungen, weil sie von Religionsüberzeugung abhangen, die sich nicht nach Willkühr modeln läßt, und weil sie keine rechtliche Wirkung im Staat hervorbringen, also nicht in den Zweck der Staatsregierung einfliessen, hat der Staat nur ein negatives Recht, darauf zu sehen und zu verhüten, daß nicht die Art ihrer Vornahme und neben einlaufende Umstände sie der Ruhe des gemeinen Wesens nachtheilig machen. Es hängt vielmehr die Anordnung solcher Handlungen von der Bestimmung des kirchlichen Religionsbegrifs lediglich ab, in Absicht auf welchen sich die Mitglieder der Kirche vertragsweise über die Form derselben verbindlich gemacht haben [39]), folglich ist hier ein bloßes gemeinschaftliches Recht vorhanden, bey welchem eine gesetzgebende Gewalt darum nicht statt finden kann, weil hier alles auf gemeinschaftliche Ueberzeugung der vereinigten Glieder ankommt. Andere geistliche Kirchenhandlungen stehen hingegen mit den Glaubenslehren

und

38) Man verwechsele damit nicht die kirchliche und ministerial Verrichtungen der Geistlichen, denn diese machen nur einen Theil derselben aus.

39) S. Schnaubert in der angeführten Schrift. S. 42. u. f.

und Religionsbegriffen der Kirche in keiner wesentlichen Verbindung, sondern werden von den Gliedern derselben zwar äusserlich aus dem Grunde vorgenommen, weil sie glauben dadurch den göttlichen Vollkommenheiten am gemäßesten zu handeln, sie können aber auch ganz unterbleiben, oder auf eine andere Art bestimmt werden, ohne daß deswegen ein Widerspruch mit den in ihrem Lehrbegriff als wahr angenommenen Glaubenslehren entstehet. Diese Art kirchlicher Religionshandlungen wird zum Unterschiede mit dem Namen der äusserlichen willkührlichen Religionshandlungen bezeichnet. Zu diesen rechne ich z. B. das Anzünden der Lichter bey der Verwaltung des heiligen Abendmahls, und das Absingen der Einsetzungsworte vor dem Altar, desgleichen die Beichte, und andere bekannte geistliche Cerimonien mehr, die zwar aus guten Absichten von der Kirche eingeführt worden sind, von welchen aber doch die heilige Schrift nichts enthält. Solche äusserliche willkührliche Religionshandlungen sind der Disposition der Kirchengewalt allerdings unterworfen. Vermöge derselben können daher mancherley Verfügungen und Abänderungen getroffen werden, je nachdem es zur Erreichung des Zwecks der Kirche nöthig oder nützlich ist. Der Regent im Staat hingegen kann als Regent hierinn nichts ändern. Er hat zwar die Aufsicht über alle kirchliche Anstalten, insofern sie einen Einflus haben in die Wohlfarth des Staats; allein diese giebt ihm kein Recht zu entscheiden, ob die Kirche dadurch ihren Zweck erreichen werde, oder nicht [40]).

Es

40) Man vergleiche hierbey des Hrn. Prof. D. Carl Wilh. Roberts Abhandl. über das Recht evangelischer Landesherren,

Es giebt nun auch gemischte Kirchenhandlungen, die zwar auch Gottesverehrung zum Zweck haben, aber doch auch zugleich rechtliche Wirkungen im Staate äussern, Vorrechte darinn geben oder entziehen, und Verbindlichkeiten darinn festsetzen oder aufheben. Dahin gehört die Taufe, welche ihrem Endzweck nach zwar zur Gottesverehrung dient, in ihrer Wirkung auf den Staat aber jedem die grossen bürgerlichen Vorrechte der Christen giebt, an welchen die Nichtchristen keinen Antheil haben. Gleiche Bewandniß hat es mit der Trauung, welche zwar Aufrufung des göttlichen Segens zu einer angehenden Ehe, und Erklärung, sie nach den göttlichen Vorschriften führen zu wollen, also Gottesverehrung zur Absicht hat, aber doch auch zugleich die wichtige bürgerliche Wirkung hervorbringt, daß ohne sie jede Verbindung zum Beyschlaf, wenn sie auch in der Absicht, Kinder zu erzeugen, und folglich aus ehelicher Zuneigung geschähe, für eine unerlaubte Beywohnung, wenigstens unter Privatpersonen in Deutschland, gehalten wird; nicht minder den Personen, die durch die Trauung sind verbunden worden, die ehelichen und elterlichen Rechte verschaft. Die Bestimmung des Kirchlichen bey diesen Handlungen gehört zwar zu den gesellschaftlichen Rechten der Religionsgesellschaft, von welcher sie vorgenommen werden sollen, aber das Politische davon muß, wie alles, was auf den Staat Einfluß hat, der Leitung und Anordnung des Regenten unterworfen seyn; und es äussern sich dabey nicht bloß negative, sondern auch positive Einwirkungs-

herren, die Liturgie abzuändern. In Desselben Beyträgen zu der natürl. und positiven Rechtsgelahrtheit. Marburg 1789. 8.

kungsrechte der Staatsgewalt. Er kann damit die mehreren oder minderen Wirkungen, die im Staat davon abhangen ſollen, die Erforderniſſe, die beobachtet werden müſſen, ehe eine ſolche Handlung, mit Wirkung für den Staat, vorgenommen werden darf, nach Gutbefinden beſtimmen: wenn aber nun das, was den Staat und deſſen Intereſſe dabey betrift, in Richtigkeit gebracht iſt, ſo bleibt die Verrichtung der kirchlichen Handlung und deren innere Form ein durch die Symbole beſtimmtes Recht der Geſellſchaft, bleibt alſo Theil der Religionsübung [41]).

§. 10.

Mancherley Eintheilungen des Rechts. I. Natürliches und poſitives Recht.

Wenn wir bisher vom Recht und Verbindlichkeit redeten, ſo nahmen wir das Wort *ius* oder Recht theils für Geſetz, theils für Befugniß zu handeln. Wenn wir aber jetzt die verſchiedenen Eintheilungen des Rechts nach Anleitung unſers Verfaſſers entwickeln ſollen, ſo muß dabey diejenige Bedeutung des Worts *ius* oder Recht zum Grunde gelegt werden, da es einen Inbegriff aller Geſetze einer Art anzeigt. In dieſer Bedeutung wird nun das Recht I. nach Verſchiedenheit des Erkenntnißgrundes in das natürliche und poſitive eingetheilet. Naturrecht nennen wir den Inbegriff aller derjenigen Geſetze, welche mittelſt der Vernunft aus der Natur des Menſchen, und der-

41) Joh. Nic. Fried. Brauer von dem Rechtsgeſetzmäßigen Unterſchiede zwiſchen öffentlicher und privat Religionsübung der Unterthanen §. 5. in Deſſelben oben angef. Abhandlungen 3. Band S. 10. u. ff.

derjenigen Dinge, welche die menschliche Natur als Bedingungen und Mittel ihrer Zwecke fordert, erkannt werden können [42]). Es wird daher auch das Recht der Vernunft genennet. Hommel [43]) nennt es *ius mundi universale*, und er hat nicht ganz unrecht, wenn er sagt: IVS NATVRAE *est voluntas Dei, non litteris, sed signis, in universum mundum scriptis, manifestata.* Denn die natürlichen Gesetze sind, wie ein Apostel sagt, dem Menschen gleichsam ins Herz geschrieben. Positives Recht wird im Gegentheil der Inbegriff derjenigen Gesetze genennt, welche sich blos allein auf den erklärten Willen eines Gesetzgebers gründen, und also aus demselben lediglich zu erkennen sind. Z. B. daß ich das Eigenthum einer fremden Sache binnen einer gewissen gesetzlich bestimmten Zeit usucapire, daß Frauenspersonen aus übernommenen Bürgschaften nicht belangt werden können, Eltern und leibliche Geschwister des Verstorbenen zugleich erben, ist positiven Rechtens; denn Herz und Vernunft lehren mich davon nichts. Allein daß ich mein ernstlich gethanes Versprechen halten, daß ich dem Verkäufer den bedungenen Kaufschilling bezahlen muß, lehrt schon das Vernunftrecht. Dieser Erklärung zu Folge läßt sich also die Grenzscheidung des natürlichen und positiven Rechts auf die Art mit Evidenz vorzeichnen, wenn man sagt, die Sphäre des natürlichen Rechts begrenze sich mit demjenigen, was a priori erweißlich ist, die des positiven Rechts hingegen fange dort an, wo die Entscheidung, ob etwas

42) S. Hrn. Prof. Abichts neues System eines aus der Menschheit entwickelten Naturrechts. (Bayreuth 1790.) §. 33.

43) S. Carl Ferdinand Hommel Diss. Ius mundi universale. Lipsiae 1763.

etwas Recht oder nicht Recht sey, auf den Willen des Gesetzgebers beruhet [44]).

§. 11.

Eintheilung der Römischen Juristen in *ius naturale, gentium* et *civile*.

Ganz verschieden war der Begriff der alten römischen Rechtsgelehrten vom Naturrecht. Ulpian [45]) sagt: IUS NATURALE est, quod natura omnia animalia docuit. Er verstehet also darunter die natürlichen Triebe, welche der Mensch mit den Thieren gemein hat. Dahin rechnet er, daß Menschen heyrathen, Kinder zeugen und Kinder erziehen. Dies sey im Naturrecht gegründet, weil auch die vernunftlosen Thiere sich begatten, ihr Geschlecht fortpflanzen, und ihre Jungen erziehen. Videmus etenim, sagt Ulpian, caetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris *peritia* censeri [46]). Man hat über den Begriff des Ulpians vom Naturrecht viel gestritten. Einige haben

44) Ludw. Heinrich Jacobs philosophische Rechtslehre oder Naturrecht. Halle 1795.

45) *L.* 1. §. 3. *D. h. t.*

46) Die letztern Worte dieser Stelle haben Einigen corrupt zu seyn geschienen, welche statt *peritia* vielmehr perita lesen wollen. Allein die Emendation ist unnütz, *peritia censeri* ist gerade so viel als perita esse, also ist der Sinn der Worte dieser: denn wir sehen, daß auch die unvernünftigen und wilden Thiere dasselbige Naturgesetz in sich fühlen. So umschreibt es auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen Tit. *de Iur. natur. gent. et civ.* Videmus enim non homines modo, sed caetera quoque animalia his, qui legem hanc observant, adscribi.

haben ihn verworfen, andere hingegen solchen zu vertheidigen gesucht [47]). Darin ist man indessen so ziemlich einverstanden, daß Ulpians Begriff vom Naturrecht aus den Lehrsätzen der alten stoischen Philosophie zu erklären sey, und zwar scheint Ulpian die Meinung des Chrysippus angenommen zu haben, welche Cicero in seinen Büchern *de Officiis* mehrmalen anführt [48]). Chrysipp lehrte, der Mensch habe eine zweyfache Natur vom Schöpfer erhalten; einmal eine thierische, welche er mit allen andern, auch unvernünftigen, Thieren gemein habe; sodann eine ihm eigene, menschliche Natur. Nach seiner thierischen Natur wären gewisse Triebe und Neigungen in ihm gepflanzt, die er mit allen

47) Man vergleiche *Gregor. Lopez* MADERA Animadversion. iuris civ. cap. 2. *Ferrand.* ADDUENSIS Explication. Lib. I. cap. 3. (Tom. II. *Thesaur. iuris civ. Ev.* OTTONIS pag. 507.) *Wilhelm van der* MUELEN Exercitat. in Tit. D. de Iust. et I. *ad h. L. Gerh.* NOODT Commentar. ad Digesta h. t. pag. 4. insonderheit *M. Aurel.* GALVANUS Dissert. var. de Usufructu cap. 5. *Ioseph* FINESTRES in Hermogeniani ICti iuris Epitomar. Libr. VI. Commentar. Tom. I. Lib. I. Exerc. I. *Thomae* PAPILLONIUS Comment. ad Tit. D. de Iust. et Iure (Tom. II. *Thesaur. iur. civ. et canon. Ger.* MEERMANNI pag. 553.) *Ulrich* HUBER Digress. Iustinian. P. I. Lib. I. cap. XI. *Samuel de* COCCEJI Iur. Civ. Contr. Lib. I. Tit. I. Qu. 6. *Gottl.* KORTTE Vindiciae L. 1. §. 4. D. de I. et I. de iure, quod natura omnia animalia docuit. *Lipsiae* 1727. und *Ge. Christph.* NELLER in Diss. Iuris naturae et gentium definitio Ulpianea vindicata et exemplis illustrata Vol. I. P. I. (Colon. et Lipsiae 1787.) n. 3.

48) *de Offic.* Lib. I. c. 31. *Sic est faciendum, ut contra universam naturam* (i. e. communem) *nihil contendamus, et ea tamen conservata propriam* (i. e. humanam) *sequamur.* Siehe HOFACKER in Princip. iur. civilis Rom. germ. T. I. §. 5. N. a.

allen andern Thieren gemein habe. Die Stoiker nannten dieſe τὰ πρῶτα κατα φύσιν [49]). Allein nach ſeiner eigenen menſchlichen Natur wäre er ein vernünftiges Weſen, welches nicht nur jene natürliche Triebe mit Vernunft zu mäßigen, ſondern auch nach den Kräften ſeines Verſtandes mit moraliſcher Freyheit zu handeln vermöchte. Nach dieſer zweyfachen Natur des Menſchen nahm man nun auch ein doppeltes Naturrecht an, das eine war, was man *ius naturale* im eigentlichen Verſtande nannte, und in der gemeinen thieriſchen Natur aller lebendigen Geſchöpfe ſeinen Grund hätte. Dieſes beſtehe in den von der Natur, worunter die Stoiker Gott verſtanden [50]), allen lebendigen Geſchöpfen eingepflanzten Trieben, welche Menſchen und Thiere mit einander gemein haben. Z. B. ſo fühlt der Menſch einen ihm angebohrnen Trieb in ſich, ſich ſowohl ſelbſt zu erhalten, als auch ſein Geſchlecht fortzupflanzen. Dieſelben Triebe habe aber auch die Natur allen andern Thieren eingepflanzt [51]). Da nun die Natur dem Menſchen auch ein angebohrnes Recht gegeben, dieſen Trieben zu

49) Man ſehe GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XII. c. 5.

50) Quid enim aliud eſt natura, ſagt SENECA *de Benefic.* Lib. IV. c. 7. quam Deus, et divina ratio, toti mundo et partibus eius inſerta?

51) CICERO *de Offic.* Lib. I. c. 4. Daß dieſe Theorie auf die Entſcheidung mancher Rechtsfälle wichtigen Einfluß gehabt habe, lehrt die *L.* 1. §. 11. *D. Si quadrupes pauper. feciſſe dicat.* nach welcher dem Eigenthümer eines im Stiergefecht getödteten Ochſens nur dann eine Klage gegen den Eigenthümer des andern Ochſens geſtattet wird, wenn der getödtete Ochſe nicht der angreifende, ſondern der angegriffene Theil geweſen.

zu folgen, ein gleiches Vermögen, secundum naturam vivendi, aber auch den Thieren angebohren sey, so erzeugte sich auf solche Art die vom Ulpian angenommene Idee eines den Menschen mit den Thieren gemeinschaftlichen Naturrechts [52]). Von diesem unterschied man das den Menschen eigne Naturrecht, welches man *ius gentium* nannte. Hierunter verstehen die alten römischen Juristen dasjenige Recht, was nur allein Menschen mit einander gemein haben, und welches daher, weil es auf Vernunft gegründet ist, bey allen cultivirten Völkern Statt findet [53]). Aus dieser Quelle des allgemeinen Menschenrechts leiteten sie die Gottesverehrung, den Gehorsam gegen die Eltern, die Liebe zum Vaterlande, den Krieg, die bürgerlichen Staatsgesellschaften, Absonderung des Eigenthums, Begrenzung der Aecker, Erbauung der Häuser und Städte, Treibung des Handels und Gewerbes, Gültigkeit der Verträge, besonders Kauf und Pachtung, samt den daraus entspringenden Verbindlich-

52) Vergleiche noch *Christ. Henr.* ECKHARDI Hermenevtic. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 132. und *Car. Frid.* WALCH in den Anmerkungen S. 219. ff. Siehe auch EMMINGHAUS in not. ad COCCEJI *ius civ. controv.* T. I. pag. 27.

53) GAJUS *L.* 9. *D. h. t.* sagt: Quod *naturalis ratio* inter OMNES HOMINES constituit, id apud omnes peraeque custoditur: vocaturque IUS GENTIUM, quasi quo iure *omnes gentes* utuntur. Eben so ULPIANUS *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* IUS GENTIUM est, quo gentes humanae utuntur, quod a *naturali* recedere facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc SOLIS HOMINIBUS INTER SE COMMUNE EST. Zuweilen wird jedoch auch das *ius gentium* ein natürliches Recht genennt. Man vergleiche §. 1. mit §. 5. und 41. *I. de rer. divis.* und *L.* 2. mit *L.* 4. D. *eod.*

lichkeiten her [54]). Allein heutiges Tages nehmen wir Ius gentium in jener römiſchen Bedeutung nicht, ſondern verſtehen darunter das eigentliche Völkerrecht, das iſt, den Inbegriff ſolcher Rechte und Verbindlichkeiten, welche freye Völker und unabhängige Staaten gegen einander zu beobachten haben; und dieſes kann auch ein Poſitivrecht ſeyn, inſofern es ſich auf Verträge oder Gewohnheiten gründet [55]). Ob nun gleich nicht zu läugnen iſt, daß die römiſchen Juriſten unter dem *iure Gentium* vorzüglich das Naturrecht im heutigen Sinne verſtanden haben [56]), ſo laſſen uns doch verſchiedene Stellen in dem römiſchen Geſetzbuche nicht ohne Grund vermuthen, daß die Römer auch ein ius gentium poſitivum angenommen haben. Juſtinian rechnet wenigſtens im §. 2. I. de iure nat. gent. et civ. ausdrücklich auch dasjenige Recht zum iure gentium, *quod uſu exigente et humanis neceſſitatibus gentes ſibi conſtituerunt;* wenn es gleich dem natürlichen Recht zuwider ſeyn

 ſollte.

54) *L.* 2. *L.* 5. *D. h. t.* Ueber die letztere Stelle verdient inſonderheit *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano a. a. O. Exercit. 3. u. fgg. verglichen zu werden.

54) S. Höpfners Naturrecht §. 215. Freyh. von Ompteda Abhandlung von dem Umfange des geſammten ſowohl natürlichen als poſitiven Völkerrechts, vor Deſſelben Litteratur des Völkerrechts. 1. Th. Regensburg 1785. 8. und Martens Verſuch über die Exiſtenz eines poſitiven Europäiſchen Völkerrechts. Göttingen 1787. 4. Anderer Meinung iſt *de* EGGERS in Inſtitutionibus iuris civitatis publici et gentium univerſalis. *Hafniae* 1796. 8. Prolegom. §. 5. pag. 7.

56) S. Freyh. von Ompteda angef. Litteratur des Völkerrechts 1. Th. §. 37—43.

sollte. So z. B. leitet er Kriegsgefangenschaft und Sclaverey aus dem iure Gentium her, und bemerkt dabey, daß beydes dem natürlichen Rechte ganz entgegen sey, weil nach dem Naturrecht alle Menschen freyer Geburt wären. Mit ihm stimmt auch **Ulpian** überein, weil er in der *L.* 4. *h. t.* die Manumission oder Entlassung der Sclaven aus der Gewalt und dem Eigenthume ihres Herrn zum iure Gentium rechnet. Hieraus ergiebt sich, daß die römischen Juristen eigentlich ein zweyfaches Ius gentium angenommen haben. Erstens ein **natürliches**, nach welchem alle Menschen leben, was schon die gesunde Vernunft lehrt, und dem Menschen gleichsam ins Herz geschrieben ist. Ein Recht, was nicht von Menschen eingeführt, sondern von Gott selbst durch unveränderliche Gesetze mit der menschlichen Natur wesentlich verknüpft worden ist. Von diesem ist die Stelle in **Justinians Institutionen** zu verstehen, wo es §. 11. *de I. N. G. et C.* heißt: Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Sodann ein **positives**, was zwar die Menschen mit einander gemein haben, aber doch nur von Menschen des gemeinen Nutzens und der Nothwendigkeit wegen ist eingeführet worden. Das erstere wird von einigen Ius gentium *primarium*, das letztere aber *secundarium* genennet [57]).

Von

57) Verschiedene Rechtsgelehrte verwerfen zwar diese Eintheilung, und halten den §. 2. *I. de Iur. Nat. gent. et civ.* für einen Irrthum des **Tribonians**. Unter diesen zeichnen sich besonders CONNANUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. 6. HERTIUS in Commentat. de Lytro Sect. I. §. 2. sqq. (in *Opuscul.* Tom.

Von dem iure naturali und gentium in der erklärten Bedeutung unterſchieden nun die Römer das *Ius Civile*: und verſtanden darunter überhaupt das poſitive Recht eines einzelnen Staats. Nam quod quisque populus ipſe ſibi ius conſtituit, ſagt Gajus in der *L.* 9. *h. t.* id ipſius proprium civitatis eſt: vocaturque *ius civile*, quaſi ius proprium ipſius civitatis. Inzwiſchen wird der Ausdruck *ius civile* auch noch in anderer Bedeutung genommen. So nennt man einmahl das römiſche Recht ſchlechtweg das bürgerliche Recht [58]). Zuweilen wird das *ius civile* auch nur dem iuri praetorio entgegen geſetzt, und darunter dasjenige römiſche Recht verſtanden, quod ex Legibus, plebiscitis, Senatusconſultis, decretis Principum, et auctoritate Prudentum venit, wie Papinian ſagt [59]).

§. 12.

Eintheilung des bürgerlichen Rechts in allgemeines und beſonderes.

Inſofern man unter dem Civilrecht nach dem römiſchen Begriffe das poſitive Recht eines Staats verſtehet,

Tom. I. pag. 225. ſqq.) und *de* COCCEJI in Iure civ. controv. h. t. Qu. 8. aus. Allein *Joſ.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. I. Lib. I. Exercitat. 3. pag. 56. ſqq. hat die Gründe derſelben vollkommen widerlegt. Man vergleiche noch EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. c. 1. Not. y. pag. 34. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 8. et 9.

58) §. 2. *I. de Iur. nat. gent. et civ.* Sed *ius* quidem *civile* ex unaquaque civitate appellatur. Sed quoties non addimus nomen, cuius ſit civitatis, *noſtrum ius* ſignificamus.

59) *L.* 7. *D. h. t.* S. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 30. Not. 4.

so kann dasselbe freylich seiner Natur nach kein anderes, als ein particuläres Recht seyn, und es läßt sich also solches in jenem Verstande auf keine Weise in ein allgemeines und besonderes eintheilen. Allein nimmt man bürgerliches Recht für ein solches Recht, welches unter Menschen Statt findet, die als Bürger eines Staats betrachtet werden, so läßt sich ein allgemeines bürgerliches Recht mit unserem Verfasser insofern allerdings annehmen, als ein solches Recht a priori aus der Natur einer bürgerlichen Staatsgesellschaft erkannt und hergeleitet werden kann. Denn daß die Menschen, als Bürger eines Staats betrachtet, gar keine anderen, als die Rechte der Menschen im Naturstande, gegen einander haben sollten, ist wohl mit Grunde nicht zu behaupten, da durch den Eintritt derselben in den Staat manche Veränderungen in den Rechten einzelner Menschen gegen einander nothwendig geschehen müssen [60]), deren Grenzen das allgemeine bürgerliche Recht bezeichnet [61]).

§. 13.

Eintheilung des Rechts in Staats- und Privatrecht.

Das Recht wird nun auch II. nach seinem Gegenstande in das Staats- und Privatrecht eingetheilt. Staats-

60) S. *Car. Ferd.* SCHMID Diss. de iuribus singulorum hominum naturalibus propter societatem civilem immutandis. *Vitembergae* 1788.

61) Hr. Prof. Hufeland hat dieses allgemeine bürgerliche Recht zuerst in seinen Lehrsätzen des Naturrechts, IV. Theile, nach bestimmten Grundsätzen wissenschaftlich bearbeitet.

Staatsrecht nennt unſer Verfaſſer einen Inbegriff von Geſetzen, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten und der Unterthanen gegen einander beſtimmt werden. Privatrecht hingegen iſt ihm der Inbegriff ſolcher Geſetze, welche die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen gegen einander ſelbſt beſtimmen. Es iſt bekannt, daß bey Beſtimmung des Begriffs des Staatsrechts die Staatsrechtslehrer ſelbſt nicht einig ſind, indem einige, zu denen unſer Verfaſſer gehört, dabey auf das Subject, nämlich auf den Regenten und die Unterthanen, im Verhältniß gegen einander betrachtet, ſehen; andere die Rechte und Verbindlichkeiten der höchſten Gewalt zum Mittelpunct ihres Begriffs machen; noch andere auf die Staatsverfaſſung, die Verwaltung der höchſten Gewalt darinn, und derſelben Verhältniß gegen Auswärtige geſehen haben wollen [62]). Dem ſey indeſſen wie ihm wolle, ſo verdient wohl unter dieſen ſo verſchiedenen Begriffen der von unſerm Autor angenommene den wenigſten Beyfall, indem hierdurch offenbar alle diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche das Verhältniß eines Staats gegen Auswärtige betreffen, ausgeſchloſſen werden, mithin jener Begriff in dieſer Rückſicht ohne Zweifel zu eng iſt. Der richtigſte und vollſtändigſte Begriff vom Staatsrecht iſt unſtreitig der, wenn man ſich darunter einen Inbegriff von Geſetzen denkt, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten, welche die innere Verfaſſung und Regierung eines Staats ſowohl, als deſ-

62) Man findet eine gründliche Prüfung dieſer verſchiedenen Begriffe in des Hrn. Hofr. Schnaubert gelehrten Schrift de Analogia iuris publici Imperii, in fontibus iuris publici S. R. I. territoriorum non numeranda. Helmſt. 1785. §. 1.

sen Verhältniß gegen Auswärtige betreffen, bestimmt werden [63]). Privatrecht würde hingegen der Inbegriff derjenigen Gesetze seyn, welche die Staats- und Regierungsverfassung nicht betreffen. Das Staatsrecht kann wieder in das allgemeine oder natürliche [64]), und in das besondere oder positive eingetheilet werden, je nachdem die zu demselben gehörigen Rechte und Verbindlichkeiten entweder schon aus dem Begriffe eines Staats herfliessen, und daher allen Staaten gemein sind, oder sich auf besondere Verträge und positive Gesetze gründen, und daher nur diesem oder jenem Staate eigen sind. Zu dem letztern gehört das teutsche Staatsrecht, worunter man den Inbegriff derjenigen Gesetze verstehet, welche die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung der Verfassung und Regierung des teutschen Staats bestimmen. Dieses ist entweder Reichsstaatsrecht (Ius publicum Imperii s. imperiale) oder Landesstaatsrecht, (Ius publicum territoriale) je nachdem es entweder die Staatsverfassung des ganzen teutschen Reichs überhaupt, als einen Staatskörper betrachtet, zum Gegenstande hat; oder die Regierungsverfassung der besondern teutschen Reichslande betrift. Ersteres pflegt zwar das allgemeine, und letzteres das besondere teutsche Staatsrecht von den Publicisten genennt zu werden, allein die Eintheilung in Reichs- und Lan-

63) Daß Staatsrecht auch noch in anderer Bedeutung für Staatsrechtsgelehrsamkeit (Iurisprudentia publica) genommen werde, wird in der Folge bey Entwickelung der mancherley Theile der in Teutschland üblichen Rechtsgelahrheit gesagt werden.

64) S. Theod. Schmalz natürliches Staatsrecht. Königsberg 1794.

Landesſtaatsrecht iſt der teutſchen Verfaſſung angemeſſener [65]). Dies ſind die heutigen Begriffe von Staats- und Privatrecht; wir wollen nun aber auch noch die Begriffe hinzufügen, die ſich die alten römiſchen Juriſten davon gemacht haben. Ulpian [66]) ſagt: *Publicum ius* eſt, quod ad ſtatum rei Romanae ſpectat: *Privatum*, quod ad ſingulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publicè utilia, quaedam privatim. *Publicum ius* in ſacris, in ſacerdotibus, in magiſtratibus conſiſtit. Staatsrecht nannten ſie alſo eigentlich dasjenige Recht, was die römiſche Staatsverfaſſung betrift, und diejenigen Geſetze in ſich begreift, welche hauptſächlich die öffentliche Sicherheit und das Wohl des ganzen Staats zum Endzweck haben. Zu dieſem rechneten ſie wegen der genauen Verbindung der römiſchen Religion mit dem Staatsſyſtem auch das *Ius ſacrum*, welches theils *feciale*, theils *augurale*, theils *pontificium* war [67]). Ferner das Criminalrecht, weil Beſtrafung der Verbrechen die öffentliche Sicherheit zum Endzweck hat [68]). Privatrecht hingegen war ihnen alles dasjenige Recht, welches zu-

65) S. Hofr. Schnaubert's Anfangsgründe des Staatsrechts der geſammten Reichslande. Jena 1787. 8. und Joh. Richard Roths Staatsrecht deutſcher Reichslande. Mainz 1788. 8.

66) *L.* 1. §. 2. *h. t.*

67) Vid. *Io. Frid.* EISENHART Diſſ. de iure publico Pop. Rom. *ad L.* 1. §. 2. *D. de I. et I.* Helmſt. 1764. *Franc. Car.* CONRADI Diſp. de Fecialibus et iure Feciali Pop. Rom. Helmſt. 1734. *Io. Iac.* MASCOV Diſſ. de Iure auſpicii apud Rom. Lipſ. 1721. und *Iac.* GUTHERIUS de veteri iure pontificio urbis Romae (in *Theſaur. Antiquit. Rom.* GRAEVII Tom. V.)

68) S. Hugo Lehrbuch des claſſiſchen Pandectenrechts. 1. Band. §. 2.

nächst bloß den Vortheil der einzelnen Bürger zur Absicht hat. Ausser jener eigentlichen Bedeutung des Iuris publici finden wir jedoch noch manche andere Bedeutungen dieser Benennung in den römischen Gesetzen, welche merkwürdig sind. So wird unter *ius publicum* bisweilen ein solches Recht verstanden, welches lediglich von der ausdrücklichen Concession der Gesetze abhängt, und daher nur allein demjenigen zusteht, der die vom Gesetz dazu erforderten Eigenschaften hat, auch anders nicht, als auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art und Weise ausgeübt werden kann. In dieser Bedeutung sagt Papinian in der *L.* 3. *D. Qui testamenta fac. poss.* die Testamenti factio sey *iuris publici*, denn das Recht ein Testament zu machen, so wie die Form der Testamente, hängen lediglich von der Vorschrift der Gesetze ab, wovon der Wille der Privatpersonen keine Abänderung machen kann [69]). Sodann wird *ius publicum* auch für ein solches Recht genommen, was um des gemeinen Bestens willen eingeführt ist, wenn es auch gleich nicht den ganzen Staat, sondern nur zunächst Privatpersonen angehet. So wird z. B. in der *L.* 1. §. 9. *D. de Magistrat. conveniend.* das Recht des Mündels, sich wegen erlittenen Schadens, in Ermanglung anderweitiger Deckung, an dem Vormundschaftsgericht zu regreßiren, wenn selbiges bey der geschehenen Bestellung des Vormunds einer Nachläßigkeit oder Pflicht-

ver-

69) Daß die Stelle Papinians nicht blos auf die Frage einzuschränken, wer ein Testament machen könne, sondern ihrer Absicht nach auch auf innere und äussere Testamentsform gehe, hat Hr. Prof. Westphal in der Theorie der R. R. von Testamenten 1. Kap. §. 12. richtig bemerkt. S. auch POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. II. Tit. Qui testam. fac. possunt nr. X. p. 172.

vergeſſenheit überwieſen werden kann, *ius publicum* [70]) genennt. Hieraus erklärt ſich auch, wenn Papinian in der *L.* 38. *D. de pactis* ſagt: ius publicum privatorum pactis mutari non poteſt; welches den Sinn hat, was die Geſetze zum gemeinen Beſten verordnet haben, kann durch Privatverträge zum Nachtheil Anderer nicht abgeändert oder aufgehoben werden. Denn durch Verträge können die Paciscenten nur über ihr eigenes Intereſſe diſponiren; allein Andern Rechte und Vortheile zu entziehen, oder zu mindern, welche ihnen das gemeine Recht geſtattet, ſind ſie nicht befugt [71]). Endlich wird *Ius publicum* auch alles dasjenige genennet, was die Verwaltung eines öffentlichen Amts oder einer Staatsbedienung betrift. Wenn z. B. in der *L.* 14. *D. ad Sctum Trebell.* geſagt wird: Quod ad *ius publicum* attinet, non ſequitur ius poteſtatis, ſo heißt dieſes, wie ſich aus dem Zuſammenhange mit der *L.* 13. §. 5. *D. eodem* ergiebt, ſoviel, daß der Vater dem Sohne in Amtsſachen nichts zu befehlen habe, wenn dieſer ein öffentliches Amt bekleidet, und z. E. als Conſul oder Prätor handelt. *Non ſequitur*, nämlich filiusfamilias, *ius poteſtatis*, nämlich patriae, wie dieſe Stelle Joſeph Fineſtres [72]) ganz richtig erklärt hat. Denn die Emendation des Cornelius van Byncker-shöck [73]), welcher *non ſequimur* (i. e. non obſervamus, non

70) Ein anderes Beyſpiel enthält die *L.* 20. *pr. D. de Religioſ.*

71) S. *Ev.* OTTO in Papiniano. Cap. X. §. 6.

72) in Hermogeniano Tom. II. Lib. VI. pag. 1049. u. fg. Siehe auch *Chriſt. Gottl.* EINERT Obſervation. iur. Romani. (*Lipſiae* 1772.) Cap. 3.

73) in Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 18.

non attendimus ad patriam potestatem,) lesen will, scheint mir völlig überflüssig zu seyn [74]).

§. 14. a.

Eintheilung des Rechts in Permissiv- und Zwangsrecht, und verschiedene Gattungen des letztern.

Das Recht, für einen Inbegriff von Gesetzen genommen, wird ferner III. seiner Wirkung nach in Permissiv- und Zwangsrecht eingetheilt. Ersteres (ius permissivum) enthält solche Gesetze, welche ein Recht oder moralisches Vermögen etwas zu thun oder zu unterlassen, ertheilen. So z. B. geben die Gesetze jedem, der sui iuris, und mündig ist, das Recht, ein Testament zu machen. Eben so erlauben auch die Gesetze einem Vater, seinen noch unmündigen Kindern in seinem Testamente einen Vormund zu ernennen. Letzteres, das *Ius cogens*, enthält im Gegentheil solche Gesetze, welche eine Handlung gebieten oder verbieten. Permissivgesetze legen nun zwar demjenigen, dem dadurch etwas verstattet oder ein gewisses besonderes Recht ertheilet wird, der Regel nach keine Verbindlichkeit auf, sich desselben zu bedienen, sondern überlassen solches seiner Willkühr; es muß nur nicht 1) das mir verstattete Recht mit der Befugniß eines Andern in einer solchen Verbindung stehen, daß durch den Nichtgebrauch meines Rechts das Recht des andern verletzt werden würde. So kann z. B. ein filiusfamilias sich ohne Wissen und Willen seines Vaters der Rechtswohlthat des Macedonianischen Rathsschlusses

74) Von den mancherley Bedeutungen des Ausdrucks *ius publicum* handelt ausführlich Ulrich Huber in seinen Digressionib. Iustinianeis Part. II. Lib. I. Cap. 21. §. 3. u. folg.

ſchluſſes rechtsgültig nicht begeben [75]); auch darf kein Geiſtlicher ſeinem befreyeten Gerichtsſtande ohne Conſens des ordentlichen geiſtlichen Richters entſagen [76]). Es muß auch nicht 2) die Ausübung meines Rechts in einen gewiſſen Zeitraum eingeſchränkt ſeyn, nach deſſen Ablauf mein Recht erlöſcht. So z. B. ſind die Klagen, die die Geſetze mir ertheilen, zwar iuris permiſſivi, ich muß ſie aber doch binnen der geſetzlich beſtimmten Zeit anſtellen, wenn ſie nicht verjähren ſollen. Allein einem jeden andern verbinden ſolche Geſetze, welche das ius permiſſivum ausmachen, vollkommen, der rechtmäßigen Ausübung des mir verſtatteten Rechts keine Hinderniſſe in den Weg zu legen. In dieſer Hinſicht läßt ſich die Eintheilung des Rechts in ius *permiſſivum* und ius *cogens* wohl vertheidigen, ob ſie ſchon von einigen Rechtsgelehrten, wiewohl ohne genugſamen Grund, hat verworfen werden wollen [77]). Ja ſie iſt ſelbſt in den römiſchen Geſetzen deutlich gegründet; denn ſo ſagt **Modeſtinus** [78]) ausdrücklich: Legis virtus haec eſt: imperare,

75) **Struben** in den rechtlichen Bedenken. I. Th. B. 156. S. 377.

76) *cap.* 12. *X. de foro compet.* quia pacto privatorum iuri publico minime derogatur. S. *G. L.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 6. §. 243. not. b.

77) GROTIUS de I. B. et P. Lib. I. c. I. §. 9. PUFFENDORF de Iur. Nat. et Gent. L. I. c. 6. §. 15. *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Allein man ſehe nach *Henr. Gottl.* SCHELLHAFER Diſſ. de indole legis permittentis. *Lipſiae* 1729. und *Frid. Lud.* DOERING Diſſ. de quadruplici Legis virtute. Erford. 1776. §. 5.

78) *L.* 7. *D. de Legib.*

rare, vetare, *permittere*, punire. **Obligativgesetze** hingegen schliessen alle Willkühr zu handeln aus, und legen allen und jeden die vollkommene Verbindlichkeit auf, dasjenige, was dieselben befohlen haben, zu thun, und was sie verboten haben, zu unterlassen, wenn man sich nicht die auf den entgegengesetzten Fall eintretenden nachtheiligen Folgen zuziehen will. Daher wird das ius cogens wieder in ein **gebietendes** (ius praeceptivum) und ein **verbietendes Recht** (ius prohibitivum) eingetheilet, nachdem es entweder etwas zu thun oder etwas zu unterlassen anbefiehlt. Das **verbietende Recht** kann wieder sehr verschieden seyn. Manche Handlungen verbietet schon das Naturrecht (ius prohibitivum *naturale*); manche Handlungen hingegen sind natürlich erlaubt und verbindlich, aber die bürgerlichen Gesetze verbieten sie (ius prohibitivum *positivum*). Da die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen wird, eine natürlich erlaubte Handlung zu verbieten, sehr verschieden seyn können, so lassen sich hieraus wieder verschiedene Classen des verbietenden Privatrechts formiren. Der Grund des bürgerlichen Verbots ist entweder aus der Handlung an sich, ohne Rücksicht auf die Person der Contrahenten, oder aus dem persönlichen Verhältniß derselben herzuleiten. Im erstern Falle entstehet ein **allgemein verbietendes Positivrecht** (ius prohibitivum positivum *obiective tale*), welches diejenigen Fälle in sich begreift, wo die Handlung nicht blos gewissen Personen, sondern ganz allgemein verboten ist, weil die uneingeschränkte Freyheit, sie zu unternehmen, schädliche Folgen für den Staat haben kann. Hierher gehören die Hazardspiele [79]), der

79) *L.* 3. *C. de Aleator.*

der unerlaubte Zinswucher [80]), der commiſſoriſche Vertrag bey Verpfändungen [81]), der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten, ohne richterliche Genehmigung, entſaget wird [82]), u. d. m. Im letztern Falle, wenn die bürgerlichen Geſetze blos gewiſſen Perſonen, die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, entzogen haben (ius prohibitivum poſitivum *ſubiective tale*), laſſen ſich wieder zwey Fälle annehmen. Einige Perſonen ſchlieſſen die verbietende Poſitivgeſetze zu ihrem eigenen Beſten von gewiſſen rechtlichen Handlungen aus, weil ſie annehmen, daß es ihnen an der erforderlichen Einſicht, Ueberlegung und Freyheit des Willens fehle, oder daß ſie doch wenigſtens der Uebereilung und ungebührlichen Verleitung vorzüglich ausgeſetzt ſind, dahin gehören z. B. die Bürgſchaften und ſonſtigen Interceſſionen der Frauensperſonen, deßgleichen die rechtlichen Geſchäfte der Unmündigen und Minderjährigen, auch ſolcher Perſonen, welche gerichtlich für Verſchwender erklärt ſind, ohne Einwilligung der Vormünder. Andere Perſonen hingegen entfernt das bürgerliche Verbot von Eingehung gewiſſer Rechtshandlungen, weil es die Wohlfarth des Staats erfordert. So iſt z. B. den Richtern das Annehmen der Geſchenke unterſagt, wenn auch an ſich keine unerlaubte Abſicht dabey obwalten ſollte [83]). Ferner darf keinem Chriſten die Schuldforderung eines Juden

im

80) Ref. Polic. Ordn. von 1530. tit. 26. von 1548. tit. 17. und 1577. tit. 17.

81) *L. ult. C. de pact. pign.*

82) *L. 8. pr. D. et L. 8. C. de transact.*

83) *L. 6. C. ad L. Iul. repetund. Nov. 8.* und 161.

an einen Christen abgetreten werden [84]), nicht weniger ist die Cession an einen Mächtigern verboten [85]). Hierher gehören auch die verbotenen Heyrathen unter gewissen Personen, theils wegen zu naher Blutsfreundschaft und Schwägerschaft, theils wegen anderer Ursachen. Die Classification dieser verschiedenen Gattungen des verbietenden Rechts wird uns in der Folge manchen Nutzen schaffen [86]). Zuletzt kann das Prohibitivrecht auch in ein durchaus verbietendes (*ius absolute prohibitivum*) und solches, was nicht durchaus und schlechterdings, sondern nur hypothetisch verbietend ist, (*ius secundum quid prohibitivum*) eingetheilt werden.

§. 14. b.

Wirkung solcher Handlungen, welche mit den Obligativgesetzen nicht übereinstimmen.

Es fragt sich, wenn eine Handlung einem Zwangsgesetz zuwider ist, ob sie deswegen schlechterdings für null und nichtig zu achten sey? Man mache einen Unterschied, ob das Gesetz eine Handlung geradezu verbietet, oder nicht, sondern ihr nur bloß eine Form vorschreibt, welche bey der Unternehmung derselben zu beobachten ist. Daß in dem erstern Falle die gegen das verbietende Gesetz unternommene Handlung nichtig

84) R. A. vom Jahr 1551. §. diesem zu begegnen. R. P. O. v. J. 1577. tit. 20. §. Es soll auch.

85) *L. 2. C. ne liceat potentioribus.*

86) Siehe Hrn. Prof. Webers Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. 66. und 67.

nichtig ſey, iſt keinem Zweifel unterworfen [87]). Schon die geſunde Vernunft überzeugt uns davon. Denn indem die Geſetze dieſe oder jene Handlung verbieten, ſo wird eben dadurch den Unterthanen die moraliſche Befugniß, dieſelbe zu unternehmen, entzogen. Gleichwie nun von dieſer Befugniß die Gültigkeit und rechtliche Wirkung der Geſchäfte abhängt; ſo verſtehet es ſich von ſelbſt, daß das bürgerliche Verbot die Nichtigkeit ſolcher Handlungen, welche dagegen unternommen werden, unausbleiblich nach ſich ziehen müſſe [88]). Es beſtätigen aber auch das nämliche die deutlichſten Geſetze. Sehr beſtimmt iſt die Verordnung der Kayſer **Theodoſius** und **Valent.** in der *L. 5. C. de Legib.* [89]), welche folgendes Inhalts iſt: Nullum pactum, nullam con-

87) Man ſehe hier vorzüglich **Webers** angef. ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. S. 321. ff. und *Greg.* MAJANSII Diſſ. de factis contra legem. (in EJUSDEM *Diſputat. iur. civ.* Tom. I. *Lugd. Batav.* 1752. 4. Diſp. XII.)

88) S. PUFFENDORF in I. N. et G. Lib. III. cap. 7. §. 6. Zwar meint GROTIUS de Iure B. et P. Lib. II. c. 5. §. 14. n. 4. et 10. es ſey noch ein Unterſchied unter **verbieten**, und **eine Handlung nichtig machen**; und erſteres ſchlieſſe das letztere nicht nothwendig in ſich, indem dem Verbot auch durch eine Strafe ein Genüge geſchehen könne. Allein Herr Regierungsrath **Eichmann** hat dieſe Meinung in ſeinen vortreflichen Erklärungen des bürgerlichen Rechts I. Th. S. 31. gründlich widerlegt.

89) Die Diſtinction des ältern Röm. Rechts inter *leges perfectas, imperfectas* et *minus quam perfectas*, die ich ſchon oben S. 51. u. 52. erläutert habe, übergehe ich hier um ſo mehr, da ſie durch das neuere Röm. Recht gänzlich aufgehoben worden iſt.

conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad *omnes* etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas trahi, *generaliter* imperamus; ut legislatori, quod fieri non vult, *prohibuisse* tantum sufficiat: caeteraque, quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, *ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur:* licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, *inutile esse debere, quod factum est.* Hiermit stimmt auch das kanonische Recht überein, denn das *cap.* 64. *de Reg. iuris in 6to* sagt ausdrücklich: quae contra ius fiunt, debent utique pro infectis haberi. So deutlich nun diese Gesetze reden, so sehr muß man sich billig wundern, wenn dennoch die Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber so verschieden sind. Einige halten dafür, daß eine verbotene Handlung nur sodann auch zugleich als nichtig angesehen werden könne, wenn das Gesetz dieses ausdrücklich verordnet hätte [90]). Andere lassen zwar unsern obigen Satz, als Regel, gelten, aber sie fügen im Allgemeinen die Ausnahme hinzu, daß, wenn die Gesetze etwas bey Strafe verbieten, ohne zugleich die Handlung selbst für nichtig zu erklären, sodann zwar die Strafe verwirkt sey, das verbotene Geschäft selbst aber seinen ungehinderten Fortgang behalte [91]). Allein es kann die eine Mei-

90) So denken VOETIUS in Comment. ad Pandect. Tit. *de Legibus* §. 16. *Io. Steph.* PÜTTER in Theoria generali de nullitate. Goetting. 1759. §. 17. und 20. *Aug. Wilh.* MEIER in Comment. de nullitate sententiar. sanabili et insanabili. Goetting. 1777. §. 5.

91) Dies ist besonders die Meinung des VINNIUS in Select. Quaest. iuris Lib. I. c. I.

Meinung ſo wenig, wie die andere, gerechtfertiget werden, weil, was die erſtere anbetrift, eines theils nicht abzuſehen iſt, warum dasjenige, was doch ſchon die Natur der Sache mit ſich bringet, noch erſt durch beſondere geſetzliche Vorſchriften angeordnet ſeyn müſte, andern Theils aber auch durch die oben angeführten Geſetze die Ausdrückung der Nichtigkeits-Clauſul bey verbietenden Geſetzen ſchlechterdings für unnöthig erklärt wird; nach der andern Meinung aber die offenbare Ungereimtheit zugelaſſen werden müßte, daß die im Geſetz gedrohete Strafe, welche doch nach der Abſicht des Geſetzgebers den Unterthan von Unternehmung der verbotenen Handlung noch mehr zurückhalten ſoll, ein Mittel werden könne, ſich die zur Gültigkeit des Geſchäfts erforderliche moraliſche Befugniß beyzulegen [92]). Das Strafgeſetz gründet keinen Vertrag mit dem Verbrecher, daß ihm gegen die Unterwerfung unter eine gewiſſe Strafe die Vollziehung der geſetzwidrigen Handlung verſtattet werden ſolle [93]); vielmehr verordnen die Geſetze ganz ausdrücklich, daß auſſer der verwirkten beſondern Strafe die verbotene Handlung an ſich nichtig ſey [94]). Noch zweyerley iſt jedoch hierbey zu bemerken.

92) Man ſehe, was Hr. Prof. Weber a. a. O. S. 325. und folgg. mit dem ihm eigenen Scharfſinn hierüber geſagt hat. Vergleiche auch *Car. Chriſtoph.* HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. Lib. I. cap. VI. Tit. III. §. 210.

93) Kleins Grundſätze des gemeinen teutſchen und preuß. peinlichen Rechts §. 1. und 15. und Kleinſchrods ſyſtemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts I. Th. §. 1.

94) *L. 4. L. 6. cum Autb. ſeq. Cod.* de inceſt. *et inutil. nupt. L. un. Cod. Si quacunque praeditus poteſtate, L. penult. Cod.* de

Erstens, daß obige Regel in einigen Fällen gewissermaßen eine Ausnahme findet, wo verbotene Rechtsgeschäfte nach der Verordnung der Gesetze nichts desloweniger aufrecht bleiben. Forschen wir jedoch dem Grunde davon genau nach, so wird sich bald ergeben, daß in andern Fällen keinesweges das nämliche zu behaupten sey. Wir wollen nun einige dieser Ausnahmen selbst prüfen. So ist z. B. bekannt, daß, wenn eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahrs sich ohne erhaltene Dispensation anderweitig verheyrathet, zwar hierdurch die gesetzliche Strafe verwirkt, jedoch die, obgleich verbotene, Ehe selbst nicht annulliret werde [95]). Der Grund hiervon ist kein anderer, als dieser; weil die zweyte Verheyrathung an sich und überhaupt den Gesetzen nicht zuwider ist, sondern das Verbot sich nur auf eine gewisse Zeit beschränkt: folglich eine gänzliche Aufhebung der Ehe theils über die wahre Absicht des Gesetzgebers hinausgehen, theils mit noch schädlichern Folgen verknüpft seyn würde, als diejenigen sind, welche das Verbot der zu frühen Heyrath verhüten soll; ohne einmal die letztere selbst, nachdem die Ehe bereits vollzogen worden, verhindern zu können [96]). Eben dieser Umstand, daß die Aufhebung eines gegen das gesetz-

de interdict. matrim. inter pupill. et tutor. L. ult. D. de ritu nuptiar. L. 38. D. ad L. Iul. de adulter. S. *Greg.* MAJANSII angef. Dissert. §. 5.

95) S. *I. H.* BOEHMERI Ius Eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 21. §. 17. und 18. Schotts Einleitung in das Eherecht §. 106. Hoffmanns Handbuch des teutschen Eherechts. Hauptst. 44. §. 321. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. lib. sing. c. XVII. ingleichen Adversarior. iuris univ. Lib. I. cap. X.

96) Weber a. a. O. S. 327.

geſetzliche Verbot unternommenen Geſchäfts ungleich ſchädlichere Folgen veranlaſſen würde, als wenn daſſelbe aufrecht bleibt, iſt die Urſach, warum die zwar verbotenen, aber doch diſpenſationsfähigen Ehen unter Anverwandten nicht wieder getrennt, ſondern nur diejenigen, die ſie eingegangen haben, von der Obrigkeit geſtraft werden [97]). Es werden alſo in beyden Fällen die an ſich verbotenen Ehen eigentlich erſt durch die nachher erfolgte ſtillſchweigende Diſpenſation gültig gemacht. Beweiß genug, wie wenig dasjenige, was hier nach beſondern Verhältniſſen eintritt, für alle übrige Fälle, wo die Geſetze etwas verbieten, als Regel gelten könne.

Zweytens iſt noch zu bemerken, daß, wenn gegen das Verbot eines Geſetzes gehandelt worden, deswegen nicht immer gleich das unternommene ganze Geſchäft für nichtig zu erklären ſey, ſondern nur in ſoweit ſolches dem Geſetz zuwider iſt, es müßte denn etwa die vorgenommene Handlung durchaus in den Geſetzen verboten worden ſeyn [98]). So z. B. iſt eine Schenkung, die ſich über 500 Solidos beläuft, und nicht gerichtlich inſinuirt worden iſt, deswegen nicht ganz ungültig, ſondern nur in ſo weit ſie dieſe Summe überſteigt, ſie gilt alſo doch wenigſtens bis auf die erlaubte Summe [99]). Desgleichen wenn ſich ein Gläubiger von ſeinem Schuldner mehr Zinſen hat verſprechen laſſen, als die

97) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. III. Sect. II. Tit. 5. §. 386. not. f. HELLFELD §. 1218.

98) S. *Grègor.* MAJANSIUS in der angef. Diſſertat. §. 6. *Car. Lud.* CRELL Obſervat. de fructu et effectu negotii inutilis nullius et imperfecti. Vitembergae 1750. *Chriſt. Ferd.* HARPRECHT Diſſ. de effectibus actus nulliter geſti. Tüb 1750.

99) *L.* 34. pr. und *L.* 36. §. 3. *C. de donat.*

Gesetze erlauben, so ist deswegen nicht die ganze Stipulation ungültig, sondern nur in so weit sie die gesetzliche Quantität der Zinsen übersteigt [100]). Auch sogar bey letztern Willensverordnungen findet dieses zuweilen statt. Z. B. wenn Eltern ein Kind ohne rechtmässige Ursache enterben, so ist ein solches pflichtwidriges Testament nicht ganz ungültig, sondern es soll nach der Nov. 115. c. 3. nur die Erbenseinsetzung auf erhobene Querel des enterbten Kindes rescindiret werden. Der Grund ist leicht einzusehen. Justinian will, daß Eltern ihre Kinder zu Erben ernennen sollen; es soll also den Eltern nicht erlaubt seyn, ihren Kindern den gebührenden Pflichttheil durch Schenkung, Vermächtniß oder Fideicommiß zu hinterlassen, ohne sie zu Erben einzusetzen. Haben nun die Eltern diese Vorschrift nicht beobachtet, so haben sie nur in Ansehung der Erbenseinsetzung wider das Gesetz gehandelt, nicht in Ansehung dessen, was sie sonst an Vermächtnissen, Fideicommissen, Vormundschaften u. dgl. in ihren letzten Willen verordnet haben. Also ist nur jene ungültig, alles andere hingegen bleibt aufrecht. Ich übergehe andere Beyspiele [1]), und bemerke nur noch, daß in den angeführten Fällen die bekannte Regel: utile per inutile non vitiatur [2]) eintritt, welche jedoch nicht in jedem Falle anwendbar ist, sondern nur alsdann Statt findet,

100) *L.* 29. *D. de Usuris.* Placuit, sive *supra statutum modum* quis usuras stipulatus fuerit, sive *usurarum usuras*, quod illicite adiectum est, pro non adiecto haberi, et *licitas peti posse.*

1) Man vergleiche *L.* 5. §. 2. *L.* 31. §. 4. *D. de donat. inter Vir. et Vx. L.* 7. *C. de inoff. donat. L.* 6. *D. ut in possess. legator. L.* 1. *C. de Usufr.* iunct. §. 2. *I. de usufr.* et *L.* 2. *D. de Usufruct. ear. rer. quae usu consum.*

2) *L.* 1. §. 5. *D. de Verb. obligat. Cap.* 37. *de Reg. Iur. in* 6to.

det, wenn die Vorſchrift des Geſetzes entweder nur eine gewiſſe Modification der Handlung oder gewiſſe Arten der Nebenverträge unterſagt, oder die Gültigkeit eines Geſchäfts auf eine gewiſſe Summe eingeſchränkt haben ſollte [3]).

Wenn hingegen das Geſetz nur eine gewiſſe Form vorgeſchrieben hat, welche bey Unternehmung eines rechtlichen Geſchäfts zu beobachten, ſolche aber gleichwohl vernachläßiget worden iſt; ſo behauptet man zwar auch in dieſem Falle gewöhnlich, daß ein ſolches Geſchäft, dem es an der gehörigen Form fehlt, für ungültig zu halten ſey [4]). Allein man hat bey Entſcheidung dieſer Frage die nöthige Unterſcheidung der mancherley Fälle ganz auſſer Acht gelaſſen. Die Form eines rechtlichen Geſchäfts kann von zweyerley Art ſeyn, die innere, welche zur Subſtanz und Weſen deſſelben erfordert wird; und die äußere, welche bloß zur

3) AVERANIUS Interpretat. iuris Tom. I. Lib. II. c. 3 n. 11. und 12. beſtimmt den Gebrauch obiger Regel folgendergeſtalt: *Haec regula obtinet, cum lex ſtatuit certam quantitatem, quam excedere non licet: tunc enim vitiatur ſolus exceſſus, quia vitium eſt ſolummodo in exceſſu. Contra vero, quando lex ſtatuit aliquid de natura actus, eique formam praeſcribit, tunc quia vitium eſt in ipſa natura formaque actus, neceſſe eſt, ut totus actus corruat.* Man vergleiche jedoch auch Weber a. a. O. S. 330. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 220.

4) S. *lac.* RAVE Diſſ. de effectu deficientis formae legalis in actibus, qui ius reſpiciunt. *Ienae 1766. Dan.* NETTELBLADT Syſtem. element. iurispr. poſitivae Germanor. comm. general. §. 187. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 214. Woltärs Grundſätze der Rechtsgelehrſamkeit für diejenigen, welche nicht Juriſten ſind. §. 25. S. 16.

Solemnisirung der rechtlichen Handlung gehört. Fehlt es nun also an der Form eines rechtlichen Geschäfts, so kann dieser Mangel entweder die innere oder die äußere Form betreffen. Im erstern Falle ist das eingegangene Geschäft entweder ganz ungültig, oder es ist wenigstens dasjenige Geschäft nicht, welches die Interessenten eingehen wollten, sondern wird zu einer andern Art rechtlicher Geschäfte übergehen. So z. B. ist ohne Trauung keine rechtsgültige Ehe unter protestantischen Privatpersonen, ferner ohne directe Erbenseinsetzung kein Testament denkbar. Wenn ich hingegen einem andern Getraide geliehen, und mir von demselben habe versprechen lassen, daß er mir, Statt des Getraides, so viel Wein wieder geben sollte, als das Getraide werth ist, so ist das Geschäft zwar kein Darlehn, allein es kann doch als ein contractus innominatus bestehen [5]). In dem andern Falle, da der Mangel die äußere Form eines rechtlichen Geschäfts angehet, ist wieder ein Unterschied zu machen, ob diese Form bloß zum Vortheil des Staats vorgeschrieben ist, um desselben Einkünfte zu versichern, oder ob sie das Beste der Unterthanen zur Absicht hat, welche die rechtliche Handlung vornehmen. In jenem Falle macht der Mangel der äußerlichen Form die Handlung an sich nicht ungültig, wenn nicht das Gesetz auf die Verletzung dieser Form die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich gesetzt hätte. Dieß ist der Fall bey dem befohlnen Gebrauche des Stempelpapieres zur schriftlichen Errichtung rechtlicher Geschäfte, dessen Mangel, wenn es nicht das Gesetz ausdrücklich verordnet, die rechtliche Handlung keinesweges unwirksam macht [6]). Hat im

5) L. 2. *pr. D. de reb. credit. L. fin. D. de praescript. verb.*

6) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCLXII. Medit. I. pag. 998.

im Gegentheil das Geſetz die äußerliche Form der Handlung in der Abſicht vorgeſchrieben, um die Rechte der Unterthanen dadurch zu ſichern, ſo kommt es wieder darauf an, ob das Geſetz dem Richter eine gewiſſe Form bey der Beſtätigung oder Beglaubigung einer bürgerlichen Rechtshandlung vorgeſchrieben hat, oder den Partheyen, die dieſe Handlung vornehmen. Im erſtern Falle kann das Verſehen des Richters den Partheyen nicht zum Nachtheil gereichen, ſondern es iſt der Billigkeit gemäß, für die Rechtsbeſtändigkeit der Handlung zu ſprechen [7]). In dem letztern Falle hingegen iſt darauf zu ſehen, ob die Form der Handlung dergeſtalt vorgeſchrieben worden, daß ohne dieſelbe kein Recht, und keine Verbindlichkeit daraus entſtehen ſoll, oder es iſt die Strafe der Nichtigkeit weder ausdrücklich auf die Vernachläßigung der Form geſetzt, noch, daß dieſes die Abſicht des Geſetzgebers geweſen, erweißlich. Iſt das erſtere, ſo macht das Geſetz die vorgeſchriebene Form und Handlungsweiſe zur Bedingung des dadurch zu erwerbenden Rechts, und der dadurch zu bewirkenden Verbindlichkeit, es muß folglich die Handlung ſelbſt, inſofern es ihr an dieſer Form fehlt, ohne rechtliche Wirkung ſeyn. Man ſtelle ſich z. B. den Fall vor, daß ein Geſetz die ſchriftliche Errichtung bey einer gewiſſen Art der Verträge dergeſtalt befohlen hätte, daß in Ermangelung eines ſchriftlichen Aufſatzes der ganze Vertrag

7) *L.* 23. *in fin. Cod. de Teſtament.* Nec enim concedendum eſt, ut ſuprema vota deficientium everſionis quidquam *ex incongruis inſinuationis* contrahant. Add. *L.* 13. *et* 24. *Cod. eod.* S. Kleins Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den preuß. Staaten I. Th. S. 232. f. und meine Rechtsfälle I. Band Nr. X. §. 4. S. 188. f. wo man verſchiedene hierher gehörige Fälle erörtert finden wird.

unverbindlich seyn solle. Ist hingegen das letztere, so läßt sich nicht behaupten, daß die Handlung darum nichtig sey, weil die vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist [8]). Z. B. Wenn die Gesetze vorschreiben, daß vor der Trauung die Proklamation geschehen solle, so ziehet deswegen doch die Unterlassung derselben an und für sich die Nichtigkeit der Ehe keinesweges nach sich, wenn ihr sonst kein Hinderniß entgegen stehet [9]). Wenn ferner nach den Landesgesetzen Contracte über unbewegliche Güter gerichtlich bestätiget werden sollen, so ist doch der geschlossene Contract an sich selbst, auch vor erfolgter Bestätigung, unter den Contrahenten wenigstens soweit verbindlich, daß auf die Bestätigung geklagt werden kann [10]). Da übrigens Keinem die Nichtbefolgung einer gesetzlichen Vorschrift zur Last gelegt werden kann, der solche entweder nicht gewußt, auch nicht wissen können, oder dem es wenigstens, ohne seine Schuld, schlechterdings unmöglich war, dieselbe zu beobachten; so erfor-

8) Mit diesen Grundsätzen des gemeinen Rechts stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten überein, in welchem es Th I. Tit. 3. §. 40. heißt: Aus Verabsäumung der gesetzlichen Form einer Handlung folgt die Nichtigkeit derselben nur alsdann, wenn das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert. — §. 41. Im zweifelhaften Falle wird vermuthet, daß die Form einer Handlung nur zur mehreren Gewißheit und Beglaubigung derselben vorgeschrieben worden.

9) S. *Ge. Lud.* Böhmer Princip. iur. canon. §. 355. et 356. in fin.

10) Runde's Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts § 260.

fordert es die Billigkeit, unter ſolchen Umſtänden, des in Anſehung der Form vorhandenen Mangels ungeachtet, dennoch für die Rechtsgültigkeit der Handlung zu ſprechen [11]).

§. 14. c.

Findet gegen verbietende Geſetze eine gültige Entſagung ſtatt?

Noch eine Frage iſt zu erörtern übrig, nämlich: ob gegen verbietende Vorſchriften der Geſetze eine Entſagung ſtatt finde? Nach der Natur verbietender Geſetze können wir hierauf anders nicht als mit Nein antworten. Denn denken wir uns ein verbietendes Geſetz, ſo läſſet ſich damit nicht vereinigen, daß es den Unterthanen erlaubt ſeyn ſollte, demſelben nach Gutdünken entgegen zu handeln. Nun würde aber die Freyheit, dem bürgerlichen Verbote zu entſagen, offenbar eine ſolche Befugniß involviren. Es beſtätigen auch ſelbſt die Geſetze dieſe Regel, daß gegen verbietende Geſetze keine gültige Entſagung ſtatt finde, eben ſo klar. So heißt es unter andern in der L. 6. C. de pactis ganz ausdrücklich: *Pacta, quae contra leges conſtitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris eſt* [12]). Weil aber dennoch in einigen Fällen die Geſetze

11) *L.* 183. *D. de Reg. iur.* Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolemnibus: tamen *ubi aequitas evidens poſcit*, ſubveniendum eſt. Add. *L. 7. D. de in integr. reſtit.* Vergleiche auch *Io. Ern. Iuſt.* MÜLLER Obſervat. pract. ad LEYSERI Meditat. ad Pandect. Tom. I. Faſc. I. Obſ. 5. und vorzüglich Kleins Abhandlung über den Unterſchied der Form und des Weſens der Gerechtigkeit, in Deſſelben Annalen VI. Band. S. 32. f. f.

12) Man vergleiche daneben *L. 7. §. 14. D. de pactis* und *L. 15. D. de condit. inſtitut.*

seße selbst von dieser Regel abweichen, und eine Entsagung dagegen zulassen, so hat dieses zu mancherley Distinctionen, und besondern Regeln in den Systemen und Commentarien der Rechtsgelehrten Gelegenheit gegeben. Einige wollen unsere Regel zwar in so weit gelten lassen, wenn man ihr den Sinn beylegt, daß niemand durch seine Erklärung bewirken könne, daß etwas erlaubt werde, was das Gesetz verbietet; allein, wenn der Sinn der Regel dieser seyn sollte, niemand könne gültig sich erklären, daß er sich seines Rechts in Ansehung desjenigen nicht bedienen wolle, was die Gesetze ihm zum Besten verboten haben, so gelte diese Regel zwar bey absolut verbietenden Gesetzen, bey legibus secundum quid prohibitivis hingegen finde sie keine Anwendung [13]). Allein ich zweifle, ob diese Distinction eine in jedem Falle untrügliche Norm geben werde. Es ist doch wohl unleugbar, daß die römische Verordnung von Schenkungen unter den Lebendigen, welche die Summe von 500 Solidis übersteigen, nur ein Lex secundum quid prohibitiva sey, denn solche Schenkungen werden nicht schlechterdings verboten, sondern sie sollen nur nicht ohne gerichtliche Insinuation geschehen. Es ist auch wohl gewiß, daß bey dieser Verordnung hauptsächlich das Beste des Schenkenden beabsichtiget worden sey, um denselben für übereilte und unbedachtsame Schenkungen beträchtlicher Summen zu verwahren; und dennoch kann diesem Verbote nicht

13) So urtheilt der seel. Geh. Rath Rettelbladt in s. System. Element. Iurisprud. positivae Germ. communis general. Lib. I. Sect. V. M. II. C. II. Tit. 2. §. 458.

nicht rechtsgültig renunciirt werden. Andere [14]) machen einen Unterſchied, ob der Grund des verbietenden Geſetzes vorzüglich in der Wohlfahrt des Staats liege, und dann finde ſchlechterdings keine Entſagung ſtatt, dies ſey der Sinn der *L.* 38. *D. de pactis*: ius publicum pactis privatorum mutari non poteſt; oder ob das verbietende Geſetz vorzüglich nur das Intereſſe gewiſſer Perſonen zum Grunde habe, in dieſem letztern Falle will man zwar eine Renunciation zulaſſen, aber man fügt wieder ſo viele Einſchränkungen hinzu, daß hierdurch die aufgeſtellte Regel beynahe ganz wieder umgeſtoſſen wird. Man ſagt nämlich, wenn von ſolchen verbietenden Geſetzen, welche zugleich mit die gemeine Wohlfarth zur Abſicht haben, oder von Perſonen, welche wegen ihres Geſchlechts, Alters u. ſ. f. nichts zu ihrem Nachtheil vornehmen können, oder von ſolchen Rechten, wobey zugleich das Intereſſe eines dritten obwaltet, die Rede ſey, ſo gelte die Entſagung nicht. Aus allem dieſem erhellet alſo ſo viel, daß man den ſicherſten Weg erwählet, wenn man die Zuläßigkeit der Entſagung in der Regel verneinet, und nur inſofern Ausnahmen davon anerkennet, als die Rechte ſelbſt ſolche in einzelnen Fällen beſtättiget haben [15]) So kann z. B. eine Ehefrau nach Juſtinianeiſchen Rechten in gewiſſen Fällen dem Vellejaniſchen Senatusconſulto

14) Dieſer Meinung iſt Hr. Hofr. Hartleben in ſeinen Meditat. ad Pand. Spec. 8. welchem Hr. Reg. R. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 35. und folg. ganz beygetreten iſt.

15) Eben ſo denkt Herr Prof. Weber in Entwickelung der der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 74. Vergleiche auch *Ge. Steph.* WIESAND Diſſ. Utrum et quatenus legibus praeſertim prohibitivis renunciari poſſit? *Viteb.* 1792.

sulto gültig entsagen [16]), wie ich am gehörigen Orte zeigen werde. Was übrigens der Eid bey solcher Entsagung gegen die Vorschrift verbietender Gesetze wirke, werde ich ebenfalls zu seiner Zeit lehren. Nur das einzige muß ich noch bemerken, daß auch schlechterdings gebietende Gesetze ihrer Natur nach eben so wenig, als verbietende, durch privat Verträge der Unterthanen abgeändert oder aufgehoben werden können. Bey hypothetischen Gesetzen, deren Befolgung der Gesetzgeber nicht so durchaus und schlechterdings erfordert, sondern welche nach der Absicht desselben nur in Ermangelung besonderer Verabredungen zur Entscheidungsnorm dienen sollen, ist es freylich anders.

§. 15.

Eintheilung des Permißiv-Rechts in *ius absolute permissivum* und *secundum quid tale*. Was sind *res* s. *actus meras facultatis*?

Denkt man sich unter dem Permissivrecht einen Inbegriff von Gesetzen, die ein Vermögen, eine gewisse Handlung vorzunehmen (facultatem agendi), oder auch sonst eine gewisse Freyheit, oder Rechtswohlthat ertheilen, so kann ein solches Recht wieder von zweyfacher Art seyn. Die Gesetze haben entweder hierbey alles der eigenen Willkühr des Handelnden überlassen, ob und was er von der ihm verstatteten Befugniß für einen Gebrauch machen will, ohne seiner Willkühr hierin Schranken zu setzen; oder sie haben bey der Ausübung des verstatteten Rechts die Willkühr des Handelnden auf mancherley Weise eingeschränkt, indem sie entweder eine gewisse Form vorgeschrieben, welche, wenn

16) *Nov.* 94. *cap.* 2. *Nov.* 118. *cap.* 5.

wenn die Handlung die ihr beygelegte Wirkung haben ſoll, zu beobachten iſt, oder mit dem Nichtgebrauche deſſelben nach Ablauf eines beſtimmten Zeitraums den Verluſt des Rechts verknüpft haben. Ein Inbegriff von Geſetzen der erſtern Art macht das *Ius abſolute permiſſivum* aus, ſo wie im Gegentheil der Inbegriff von Geſetzen der leztern Art *ius ſecundum quid permiſſivum* genennet wird. So z. B. iſt das Recht, auf ſeinem Eigenthume zu bauen, ferner das Recht, bey einer vorhandenen Gütergemeinſchaft auf die Theilung zu dringen, eine Sache der freyen Willkühr, iuris abſolute permiſſivi). Allein die Befugniß zu heyrathen, ein Teſtament zu machen, eine Klage zu erheben, iſt iuris ſecundum quid permiſſivi. Daß nun ein ſolches ius ſecundum quid permiſſivum inſofern, als die Willkühr zu handeln ausgeſchloſſen iſt, zugleich ein ius praeceptivum ſey, iſt unläugbar; in dieſer Rückſicht habe ich beym vorigen §. die Frage abgehandelt, ob der Mangel der vorgeſchriebenen Form ein rechtliches Geſchäft ungültig mache? Solche Handlungen nun, welche die Geſetze erlauben, ohne ſie jedoch zu gebieten, und die man daher auch unterlaſſen kann, ohne den Geſetzen entgegen zu handeln [17]), werden *actus* ſ. *res facultatis* genennt, man mag das moraliſche Vermögen dazu entweder durch die Geſetze unmittelbar, oder mit Zulaſſung derſelben durch Conceſſion des Eigenthümers oder durch Verjährung oder auf andere rechtmäſige Art erworben haben. Von dieſen actibus facultatis nimmt man zwey verſchiedene Gattungen an, man theilt ſie nämlich in *actus meræ facultatis* und *actus*

non

17) NETTELBLADT in Syſtem. Elem. Iurisprud. poſitiv. general. §. 73. und 74.

non meræ facultatis [18]) ein. So verſchieden auch die Begriffe ſind, welche ſich die Rechtsgelehrten von den *actibus meræ facultatis* machen [19]), ſo ſcheint mir doch noch immer derjenige Begriff der Sache am angemeſſenſten zu ſeyn, wenn man darunter ſolche Handlungen verſtehet, bey denen der Willkühr des Handelnden keine Schranken geſetzt ſind, die man alſo nach Gefallen thun und unterlaſſen kann, wie und ſo lange man will, ohne daß uns daraus ein Nachtheil erwächſt [20]). Da ſolche Handlungen keiner

18) Dieſe Benennungen kommen zwar in den Geſetzen ſelbſt nicht vor, allein die Sache ſelbſt iſt doch allerdings darinn gegründet. Die Leſeart der *L. 2. D. de via publ. et itinere publ.* worauf man ſich gewöhnlich beruft, iſt zwar noch einigem Zweifel unterworfen. Denn in der Florentiniſchen Handſchrift fehlt das letztere *non*, welches Taurellus in ſeiner Ausgabe der Pandecten zuerſt ergänzt hat. Daß jedoch dieſe Negation nicht wegzulaſſen, zeigt der Context, und die *Baſilica* T. IV. pag. 778. beſtärken dieſes noch mehr. S. IAUCHIUS de Negationibus Pandectar. Florentinar. Cap. I. pag. 4.

19) Man vergleiche, auſſer den von unſerm Verfaſſer bereits angeführten Schriften, noch folgende *Ge. Ad.* STRUV Diſp. de eo, quod inſtum eſt circa res meræ facultatis. rec. *Ienæ* 1737. *Aug. a* LEYSER de rebus meræ facultatis (in *Meditat. ad Pandect.* Vol. VII. Specim. CCCCLXII. pag. 231.) HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. I Obſ. 33. EICHMANN ad Ravii Principia doctr. de praeſcriptione §. 13. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. Part. 1. Theor. gen. Sect. III. Cap. I. §. 75. und Höpfner im theor. pract. Commentar. über die Heineccischen Inſtitutionen §. 295.

20) S. *Io. Ern. Iuſt.* MÜLLER Obſervat. practic. ad LEYSERI Meditat. Tom. V. Faſc. I. Obſ. 740.

keiner Verjährung unterworffen ſind, ſo lange ihnen wenigſtens das Gepräge der Willkührlichkeit nicht durch zerſtörende Gegenhandlungen desjenigen, gegen welchen ſie in Ausübung gebracht werden können, benommen wird; dahingegen bey denjenigen actibus, welche nicht merae facultatis ſind, unſer Recht durch bloßen Nichtgebrauch verlohren gehet [21]); ſo iſt die Frage allerdings von Wichtigkeit, welche Handlungen von der Art ſind, daß man ſie ohne Nachtheil vornehmen und unterlaſſen kann, wie man will? Die Antwort auf dieſe Frage, und die Art, wie man die Sache vorzuſtellen pflegt, iſt ſehr verſchieden, wenn man die angeführten Schriften der heutigen Rechtsgelehrten hierbey vergleicht. Unſer Verfaſſer giebt die Regel: wenn mir das Geſetz eine Handlung unmittelbar erlaubt, ohne daß hierzu die Conceßion eines andern erforderlich iſt, ſo iſt eine ſolche Handlung als eine res merae facultatis anzuſehen; erlaubt mir aber das Geſetz eine Handlung nur mittelbar, d. i. inſofern mir ein anderer das Recht dazu verſtattet hat, ſo iſt eine ſolche Handlung ein bloßer actus facultatis. Allein daß dieſe Regel ein ſehr unſicherer Grundſatz ſey, ſiehet man ſchon daraus, weil ja auch Klagen, welche die Geſetze geben, binnen einer gewiſſen Zeit angeſtellet werden müſſen, und nach deren Ablauf erlöſchen, und im Gegentheil durch Verträge zuweilen ſolche Rechte erworben werden können, deren Ausübung keiner Verjährung unterworfen iſt. Z. B. das Recht des Erbzinsherrn, einen jährlichen Canon zu verlangen, ferner das Recht

21) *L. 25. D. quib. mod. uſusfr. vel uſ. amitt. L. 1. D. de nundinis. L. 7. Cod. de petit. hereditat. L. 3. C. de praeſcript. XXX. vel. XL. annor.*

Recht des Gutsherrn, von seinen Bauern Dienste zu fordern u. dgl. Die Meisten sagen, alle Handlungen der natürlichen Freyheit, welche weder in den natürlichen noch bürgerlichen Gesetzen geboten und verboten, und also unserer Willkühr überlassen sind, gehören ad res merae facultatis; z. B. sitzen, gehen, sein Brod, Bier u. dgl. nach Belieben bey diesem oder jenem zu kaufen, seine Wohnung zu ändern; auch alle Handlungen, die aus dem Rechte des Eigenthums fließen, z. B. verkaufen, verschenken, mit seiner Sache eine Veränderung vornehmen, Bauen auf seinem eigenen Grunde, sein Vieh auf seine eigene Felder zur Weide zu führen, rechnet man; ad actus merae facultatis. Dagegen will man alle Handlungen, die sich auf ein Privilegium gründen, oder aus einem Vertrage herrühren, von dieser Classe ganz ausschliessen [22]). Allein auch diese Theorie scheint mir nicht befriedigend zu seyn. Ich stelle mir die Sache so vor; actus merae facultatis können aus mehr als einer Quelle herrühren. Einmahl können dieselben in der dem Menschen angebohrnen natürlichen Freyheit, insoweit selbige durch die Gesetze nicht eingeschränkt ist, ihren Grund haben. Diese nähere Bestimmung ist schlechterdings nothwendig, denn wer weiß z. B. nicht, wie mannigfaltig die Gesetze die natürliche Freyheit zu kaufen und zu verkaufen [23]), welche man doch ad

res

22) S. RAVE a. a. O. ESTOR Opusc. de abusu rerum merae facultatis c. I. §. 7. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts. I. Th. S. 39. u. folgg.

23) S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Miethe und Erbzins-Contract. (Leipzig, 1789.) I. Th. 1. Haupt. 2. Cap.

res merae facultatis insgemein zu rechnen pflegt, eingeſchränkt haben? Zweytens ſind alle Rechte, die aus dem freyen und ungehinderten Eigenthum herfließen, als res merae facultatis anzuſehen. Drittens können actus merae facultatis auch aus den Geſetzen ſelbſt entſtehen, wenn dieſelben gewiſſe Rechte ertheilen, und ſie zugleich für unverjährbar erklären. Nach kanoniſchen Rechten gehört dahin das Recht der Kirchenviſitation, und die dazu nöthige Procurationen, d. i. Verpflegung der geiſtlichen Viſitatoren, oder ſtatt deren ein Aequivalent am Gelde zu verlangen [24]); nach dem Weſtphäliſchen Frieden auch das Recht ſolcher Unterthanen, denen vermöge des Entſcheidjahrs von 1624. keine Religionsübung in einem Lande geſtattet iſt, in der Nachbarſchaft dem öffentlichen Gottesdienſt, wo und ſo oft ſie wollen, beyzuwohnen, auch daſelbſt die nöthigen Miniſterialhandlungen von Geiſtlichen ihrer Religion verrichten zu laſſen [25]); ferner nach dem Civil-Recht die Befugniß bey einer vorhandenen Gemeinſchaft auf Theilung zu dringen [26]); ferner das Recht Abzugsgeld zu fordern, u. d. m. Endlich viertens kann auch etwas, welches an ſich keine res merae facultatis iſt, durch Verträge dazu gemacht werden. Ein Beyſpiel giebt das aus dem Wiederkaufsvertrage entſpringende Wiedereinlöſungsrecht; dieß muß eigentlich, wenn nicht ein ge-

24) *cap.* 11. und 16. *X. de praeſcript. Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 255. und 259.

25) *Inſtr. Pac. Osnabr.* Art. 5. §. 34. *Ge. Lud.* BOEHMER a. a. O. §. 264.

26) *L.* 5. *Cod. communn. divid.* Fratr. BECMANNORUM Conſil. et Deciſion. P. I. Conſil. XXII. n. 8. pag. 304. f.

wisser Zeitpunkt zum Eintritt der Wiederkaufsverbindlichkeit verabredet worden ist, binnen 30 Jahren ausgeübt werden; wäre aber der Wiederkauf auf gar keine gewisse Zeit bedungen, sondern dem Verkäufer die völlige Freyheit nachgelassen worden, die unter dem Vertragsgesetz des Wiederkaufs verkaufte Sache zu aller Zeit, wenn's ihm einmahl, es sey über kurz oder lang, gefallen möchte, wieder einzulösen, so ist alsdann die in solchen ganz allgemein abgefaßten Zeitausdrücken nachgelassene Wiederkaufsausübungs-Befugniß nach der Natur der Sache und der Absicht der Paciscenten ohnstreitig eine res merae facultatis [27]).

§. 16.

Anwendung obiger Begriffe auf das Naturrecht und Eintheilung desselben in *Ius naturae absolutum* und *hypotheticum*.

Auch das Naturrecht kann in ein Zwangs- und Permissivrecht eingetheilt werden. Jenes begreift diejenigen Rechte und Pflichten in sich, deren Erfüllung erzwungen werden kann, und kann entweder ein gebietendes oder verbietendes seyn. Letzteres hingegen enthält Rechte und Pflichten, deren Ausübung der Willkühr des Handelnden überlassen ist, bey welchen folglich kein Zwang statt findet. Die Rechte und Pflichten der Menschen, welche das Ius naturae cogens in sich begreift, sind wieder von verschiedener Art. Sie folgen entweder schon aus der menschlichen

27) Man vergleiche hierbey die lesenswürdige Abhandlung über die Verjährung des aus dem Wiederkaufsvertrage entspringenden Wiedereinlösungsrechts; in dem neuen Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte herausgegeben von Günther und Otto auf das Jahr 1786. besonders im 3ten St. S. 236. u. folg.

lichen Natur an sich, ohne Voraussetzung gewisser Handlungen, oder sie setzen gewisse Handlungen voraus, welche den nächsten Grund jener Rechte und Verbindlichkeiten enthalten. Erstere heissen absolute, ursprüngliche, oder angebohrne Rechte und Verbindlichkeiten, und der Inbegriff derselben macht das *Ius naturae absolutum* aus; letztere aber werden hypothetische, und der Inbegriff derselben *Ius naturae hypotheticum* genennt. Die Hypothese, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten der letztern Art determinirt werden, ist entweder eine gesellschaftliche Verbindung, in welche Menschen mit einander getreten; oder ein anderes Factum, welches die Menschen nicht in gewisse Gesellschaften verbindet, z. B. Vertrag oder Beleidigung. Jener Theil des hypothetischen Naturrechts heißt das gesellschaftliche Recht (ius naturale hypotheticum sociale). Der letztere Theil aber ist das ausser gesellschaftliche Naturrecht. Beyde Theile des natürlichen Rechts haben wieder ihre verschiedenen Eintheilungen, die ich aber als bekannt voraussetzen kann.

§. 17.

Gültigkeit des Naturrechts im bürgerlichen Staate.

Es ist wohl keine Frage weniger bestritten, als die, ob das Naturrecht auch in der bürgerlichen Gesellschaft gelte? Freylich wird zwar ein Jeder, auch bey geringem Maas von Scharfsinn, leicht begreiffen, daß ohnmöglich alles dasjenige, was in dem ausser gesellschaftlichen Zustande der Menschen natürlichen Rechtens ist, es auch in der bürgerlichen Societät seyn müsse; allein es ist ja auch bekannt genug, daß man den sogenannten natür-

lichen oder auſſergeſellſchaftlichen Zuſtand nicht mit dem natürlichen Rechte ſelbſt vermiſchen dürfe. Denken wir uns nun unter dem Naturrechte einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten, die jeder Menſch, wenn er nur den Gebrauch ſeiner Vernunft hat, mit bloſem Verſtande als ſolche begreift, wir mögen nun entweder den Grund aller natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten blos auf das Weſen des Menſchen zurückführen, oder mit andern den aus der bloßen Vernunft erkannten Willen des Schöpfers, als das wahre und einzige Fundament derſelben betrachten; ſo iſt unwiderſprechlich, daß Menſchen im Staate ſo gut verbunden ſind, die Geſetze der Natur zu befolgen, als auſſer dem Staat. Denn der Menſch wird Bürger eines Staats, ohne die Eigenſchaft des Menſchen abzulegen, und ohne aufzuhören, ein Geſchöpf desjenigen zu ſeyn, der ihm ſeinen Willen ins Herz geſchrieben hat. Wie könnte alſo wohl die auf den natürlichen Menſchen gepfropfte Eigenſchaft des Staatsbürgers eine ſolche Veränderung in ihm hervorbringen, daß er nun der Vernunft und dem durch dieſelbe erkannten göttlichen Willen entgegen handeln ſollte [28])? Es iſt alſo auſſer allem Zweifel, daß eine jede natürliche Verbindlichkeit, welche dem Menſchen auſſer dem bürgerlichen Zuſtande obliegen, ferner ein jedes natürliche Recht, welches demſelben im auſſergeſellſchaftlichen Zuſtande zuſtehen würde, auch an ſich und nach der Regel im bürgerlichen Zuſtande vorhanden und fortdaurend ſey; nur diejenigen Fälle ausgenommen, da das bürgerliche Verhältniß des Menſchen eine ſolche Aenderung der Umſtände hervorbringt, daß dabey jene

28) S. von Juſti Natur und Weſen der Staaten mit Anmerkungen von H. G. Scheidemantel (Mietau 1791.) §. 150.

jene natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten nicht beſtehen können [29]). Ein nicht geringer Theil des bürgerlichen Rechts iſt daher bloß Wiederholung des natürlichen Rechts, und würde uns verbinden, wenn es auch weder im röm. Rechte noch in irgend einem andern Geſetzbuche wiederholet wäre. Z. B. daß der Käufer verbunden iſt, das Kaufgeld zur beſtimmten Zeit zu bezahlen, daß der Depoſitar die ihm anvertraueten Güter wieder abliefern, der Verwalter eines fremden Vermögens Rechnung ablegen, und, wenn er nicht wirthſchaftlich verfahren, den Schaden erſetzen, desgleichen daß der Schuldner das empfangene Darlehn bezahlen muß, ſind dieſes nicht lauter Verbindlichkeiten des natürlichen Rechts, wenn ſie auch im römiſchen Rechte ausdrücklich enthalten ſind? Es iſt alſo wohl richtig, was Juſtinian [30]) ſelbſt ſagt: collectum eſt ius noſtrum ex *naturalibus praeceptis*, aut *gentium*, aut civilibus.

§. 18.

Kann der bürgerliche Geſetzgeber das Naturrecht in ſeinem Staate abändern, und in wieferne?

So unſtreitig jene Frage von der Gültigkeit des Naturrechts im bürgerlichen Staate war, ſo ſehr hat man ſich von jeher über die Frage geſtritten: ob und in wiefern das Naturrecht durch bürgerliche Geſetze eine Abänderung leiden könne [31])? Gemeiniglich wird

29) S. Weber a. a. O. §. 59. Seite 187. u. folg.

30) §. 4. *l. h. t.*

31) Sehr gründlich und mit gewöhnlichem Scharfſinn hat dieſe Frage Hr. Prof. Weber in ſeiner ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, in 3. Abſchn. §. 57. ff. er-

dieſe Frage mittelſt einer Diſtinction dahin beantwortet, daß der bürgerliche Geſetzgeber zwar die Vorſchriften des abſoluten Naturrechts in keinem Betrachte, wohl aber das hypothetiſche Naturrecht, in ſeinem Staate abändern könne [32]). Dieß iſt auch die Meinung unſers Verfaſſers. Allein Aenderung des Naturrechts an ſich und in dem Verſtande, daß irgend ein bürgerlicher Geſetzgeber befugt ſeyn ſollte, durch ſeine Vorſchriften das Gegentheil von dem, was das Vernunftrecht lehrt, anzuordnen, läßt ſich ohne Widerſpruch nicht annehmen. Denn die Vorſchriften der bürgerlichen Geſetzgebung ſtehen ſo gut, als Verträge, unter dem Geſetz der geſunden Vernunft, und können uns nicht verbinden, inſofern ſie unter den Umſtänden, und in den Verhältniſſen, worinn ſie gegeben worden, offenbar vernunftwidrig ſeyn würden. Weil aber dennoch der Zweck der bürgerlichen Staatsverbindung manche Einſchränkung der natürlichen Freyheit nothwendig macht, ſo giebt ſelbſt das auf den Staat angewandte Vernunftrecht den bürgerlichen Geſetzgeber die Befugniß, manches anzuordnen, was auſſer dem Staate nicht recht ſeyn würde. Denn es verſtehet ſich von ſelbſt, daß den Menſchen, als Mitgliedern der bürgerlichen Staatsgeſellſchaft, unmöglich alle diejenigen Rechte zuſtehen können, die ſie, auſſer dieſer Verbindung, als Menſchen, im Naturſtande gegen einander haben. Es kommt demnach eigentlich alles auf die Frage an: **was und wieviel der Staat an den Rechten des Menſchen, als Men-**

ff. erörtert, welcher auch S. 197. Not. 2. die darüber herausgekommenen verſchiedenen Schriften anderer Rechtsgelehrten vollſtändig angeführt hat.

32) S. SCHULTHING in Enarrat. part. primae Digeſtor. h. t. §. 15.

Menſchen, ändern dürfe [33]). Folgende allgemeine Hauptgrundſätze werden zur Beantwortung derſelben, wie ich hoffe, hinreichend ſeyn.

I) Kann kein Regent den Bürgern und Mitgliedern ſeines Staats ſolche Rechte entziehen, deren ſie ſich ſelbſt weder entäuſſern durften noch konnten, ohne der Natur und weſentlichen Beſtimmung des Menſchen entgegen zu handeln, oder allgemeine Geſetze der Moral zu verletzen. Denn die Rechtmäßigkeit aller poſitiven Geſetzgebung, ſo wie die Zuſtändigkeit und der Umfang aller und jeder Staatsgewalt beruhet auf dem geſellſchaftlichen Vertrage, der bey der bürgerlichen Staatsverbindung zum Grunde liegt, und muß daraus beurtheilt werden. Kein Regent kann alſo über die Perſon, die Handlungen, und das Eigenthum der Staatsbürger andere, als ſolche Rechte ausüben, welche die Mitglieder der Geſellſchaft ihm übertragen konnten, und welche ſie ihm auch haben übertragen müſſen, um den Zweck der bürgerlichen Staatsgeſellſchaft zu erreichen, nämlich innere Ruhe und Sicherheit des Ihrigen zu genießen. Zu den unveräuſſerlichen Rechten des Menſchen, daran der bürgerliche Regent nichts ändern darf, gehört z. B. das Recht der Denk- und Gewiſſensfreyheit. Geſetze alſo, die den Unterthanen vorſchreiben, was ſie glauben, und in Religionsſachen für wahr halten ſollen, welche ferner diejenigen, die ſolche nicht annehmen, für Ketzer erklären, und die Ketzerey als ein Verbrechen

33) Man vergleiche hier vorzüglich Hufelands Lehrſätze des Naturrechts IV. Th. §. 539. f. f.

bestraft wissen wollen, sind, als ungerechte Gesetze, durchaus ungültig und unverbindlich [34]).

II) Insofern aber die Ausübung solcher an sich unveräußerlicher Rechte, ingleichen die Art und Weise der Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten nicht alle Willkühr des Menschen ausschließt; insofern ist auch der bürgerliche Gesetzgeber allerdings befugt, um die Ordnung in seinem Staate aufrecht zu erhalten, die Art und Weise ihrer Ausübung durch seine

34) Ich kann nicht umhin, eine sehr wichtige Stelle aus *I. H.* BOEHMERI Diss. praelim. de iure circa libertatem conscientiae, Tom. II. seines Iuris Eccl. Prot. §. XX. S. 18. zu excerpiren, welche so lautet: *Recta ratio ostendit*, NIHIL PLUS *in principem* ESSE TRANSLATUM, *quam quod in ipsum transferri* POTUIT, *quodque ad finem reipublicae obtinendum in eum transferri* DEBUIT. *Non autem* POTUIT *in eum transferri*, IUS COGITATIONES *singulorum efformandi, et* DOCTRINAM *praescribendi, secundum quam conceptus animi sui formare, et non aliter sentire aut credere debeant de Deo, eius essentia, redemtione per Christum, resurrectione mortuorum, aliisque fidei articulis. Nullo modo homo ita mentis suae est arbiter, ut eam simpliciter alterius arbitrio subiicere, et quam ei Deus tribuit,* FACULTATEM RATIOCINANDI *abiicere queat. — Quid aliud est,* LIBERTATEM COGITANDI, CREDENDI, *in veritatem inquirendi, et secundum eam se emendandi, subditis denegare, quam eos societati belluarum adiungere, qui ductu ductoris sui ducuntur, quo velit?* etc. Man vergleiche hiermit die sehr gründliche Abhandlung des Hrn. Prof. Hufelands über das Recht protestantischer Fürsten, unabänderliche Lehrvorschriften festzusetzen und über solchen zu halten. Jena 1788. 8. S. 8. und folgg.

ne Vorschriften zu bestimmen, und in dieser Rücksicht manche Einschränkungen zu machen [35]). So ist z. B. der Regent im Staate allerdings befugt, in Ansehung der Mittel, welche der Mensch zu seiner Erhaltung anwenden kann, mancherley Einschränkungen zu machen. Er darf diese oder jene Handthierungen, Künste und Gewerbe gewissen Personen allein gestatten, und andere davon ausschliessen. Eben so verhält sich's mit dem natürlichen Triebe zur Fortpflanzung unsers Geschlechts. Der Regent kann eine gewisse Form der Ehe vorschreiben; er kann ferner unter gewissen Personen die Heyrathen gar verbieten.

III) Alle Rechte hingegen, welche dem Menschen als Menschen zwar zustehen, die aber das Vernunftrecht seiner Willkühr lediglich überlässet, sind auch der Disposition des bürgerlichen Regenten dergestalt unterworfen, daß dieser sie gänzlich aufheben, und die Unterthanen davon ausschliessen darf, wenn solches die Wohlfarth und das gemeine Beste des Staats erfordert. So z. B. ist die Occupation, mithin auch die Jagd im Stande der natürlichen Freyheit einem Jedem erlaubt; allein die Erfahrung lehrt, daß die Regenten ihren Unterthanen diese Freyheit nicht mehr schlechthin gestatten, sondern die Jagd und andere Arten der Occupation zu den Regalien gezogen haben. Endlich

IV) ist auch der Regent ohne Zweifel befugt, in Ansehung derjenigen Verbindlichkeiten,

35) Weber a. a. O. §. 58. S. 209.

ten, welche willkührliche, an sich erlaubte Handlungen zum voraus setzen, solche Vorschriften zu ertheilen, welche das Wohl der Staatsbürger mit sich bringt. Er kann daher solche Handlungen entweder ganz verbieten, oder wenigstens die gerichtliche Wirkung derselben einschränken. So z. B. wird niemand läugnen, daß eine Weibsperson, wenn sie sich für eines Andern Schuld verbürgt hat, nach dem Naturrecht zu bezahlen schuldig sey. Allein die bürgerlichen Gesetze verbieten die Bürgschaften der Weibsleute zu ihrem eigenen Besten, und erklären sie für ganz unkräftig. Hingegen die natürliche Verbindlichkeit eines Filiifamilias aus einem Gelddarlehn ist nur der gerichtlichen Wirkung nach durch die römischen Gesetze eingeschränkt, aber doch nicht ganz aufgehoben worden. Nach diesen Bestimmungen wird sich nun die vom Hellfeld in diesem §. angeführte Stelle Ulpians leicht erklären lassen, wenn er sagt [36]): cum aliquid *addimus* vel *detrahimus iuri communi*, ius proprium, id est, *civile* efficimus. Ich bemerke hier zuförderst, daß der Ausdruck *ius commune* so viel als natürliches Recht heißt, wie aus den vorhergehenden Worten erhellet. Dieses Naturrecht ist, nach Ulpians richtiger Meinung, der Grund und die Hauptquelle des bürgerlichen Rechts. Denn letzteres entstehet eben dadurch, wenn dem natürlichen Rechte etwas hinzugefügt oder entzogen wird. Das erstere, *cum aliquid additur*, läßt sich auf verschiedene Weise gedenken:

1) wenn

36) *L. 6. D. de Iust. et Iure.* Man vergleiche über diese Stelle *van der* MUELEN.

1) wenn durch verheiſſene Belohnungen, oder angedrohete Strafen, mehrere Bewegungsgründe zur Erfüllung natürlicher Verbindlichkeiten gegeben werden. Z. B. ſchon das Naturrecht verbietet, Sachen, die blos zur Aufſicht und Verwahrung eingegeben worden, zu veruntreuen, allein auſſer dem Erſatz des daraus entſtandenen Schadens weiß das Naturrecht von keiner Strafe. Die bürgerlichen Geſetze hingegen ſetzen die Strafe der Ehrloſigkeit, und in einem gewiſſen Falle noch die Strafe des doppelten Erſatzes darauf; und die peinlichen Rechte [37]) wollen ſogar ſolche Miſſethat einem Diebſtahl gleich beſtraft wiſſen.

2) Wenn den Rechtsgeſchäften eine gewiſſe Form vorgeſchrieben wird, von deren Beobachtung die Gültigkeit derſelben abhangen ſoll. Die Veräuſſerungen der Kirchengüter, desgleichen der liegenden Güter der Minderjährigen, auch die Schenkungen auf den Todesfall können hier zum Beyſpiel dienen. Ferner

3) wenn Rechte und Verbindlichkeiten durch poſitive Geſetze eingeführt werden, welche das Naturrecht nicht kennet. Man denke hierbey an Teſtamente, Uſucapion, Pollicitation u. d. m. Endlich gehört noch dahin,

4) wenn den ſogenannten natürlich unvollkommenen Pflichten durch bürgerliche Geſetze eine vollkommen verbindliche Kraft beygeleget wird. So verbinden mich zum Beyſpiel die bürgerlichen Geſetze in verſchiedenen Fällen bey Strafe der Theilnehmung, die vorhabende Verbrechen anderer zu ver-

37) Peinl. Gerichtsordn. Carls des V. Art. 170.

verhindern, sie der Obrigkeit zu entdecken, auch unterweilen begangene Missethaten öffentlich anzuzeigen [38]).

Das letztere aber, nämlich: *cum aliquid detrahitur iuri naturali*, geschiehet vorzüglich auf zweyerley Art;

1) wenn natürlich erlaubte Handlungen durch bürgerliche Gesetze allgemein, oder doch einer gewissen Klasse von Unterthanen verboten werden, wie z. B. den Geistlichen und Soldaten die Treibung eines kaufmännischen Gewerbes ihres Standes und Berufs wegen untersagt ist [39]).

2) Wenn einigen natürlichen Zwangspflichten die gerichtliche Wirkung ganz oder zum Theil genommen wird. Man erinnere sich hiebey an die oben schon gegebenen Beyspiels. Ich bemerke nur noch zum Beschluß, daß wenn Handlungen, die an sich unerlaubt sind, im Staate geduldet werden, sodann so wenig die Absicht der bürgerlichen Gesezgeber sey, als es in ihrem Vermögen stehet, solche Laster dadurch selbst erlaubt zu machen, sondern sie dulden dieselben, um aus mehrern Uebeln das kleinste zu erwählen. Es lässet sich also wohl mit Grunde nicht behaupten, daß durch solche Connivenz dem natürlichen Rechte zu nahe geschehe [40]).

§. 19.

38) Die Erläuterung davon findet man beym Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts. I. Th. 2. Abschn. 3. Cap. §. 61. u. 62. *I. H.* BOEHMER in Diss de obligatione ad revelandum occulta. T. VI. *Exercit. ad Pandect.* PÜTTMANN in Diss. de crimine conniventiae. FUNCKLER de crimine omissionis. u. a. m.

39) *cap. 6. X. Ne clerici vel monachi secular. negot. se immisceant. Nov.* 123. *c. 6. L.* 1. *Cod. Negotiatores ne militent.*

40) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Sp. 588. med. 20.

§. 19.

Worauf beruhet die Verbindungskraft poſitiver Geſetze? Was iſt Bekanntmachung eines Geſetzes?

Von dem natürlichen Rechte kommen wir nun auf das poſitive, worunter man den Inbegriff ſolcher Geſetze verſtehet, welche in dem erklärten Willen des Geſetzgebers ihren Grund haben. Sollen nun poſitive Geſetze verbindlich ſeyn, ſo müſſen ſie denjenigen, welche denſelben gemäß handeln ſollen, gehörig bekannt gemacht werden, es geſchehe nun ſolches durch Worte, oder durch Handlungen, woraus die Unterthanen den Willen des Oberherrn ſchlieſſen können [41]). Von dieſer Willenserklärung des Geſetzgebers hängt alſo die Gültigkeit poſitiver Geſetze lediglich ab, und ſo lang dieſe nicht auf die gehörige Art geſchehen, verbinden ſolche Geſetze die Unterthanen nicht, wenn dieſe auch ſchon einige Wiſſenſchaft davon gehabt haben ſollten [42]). Es läſſet ſich alſo auch keine Beſtrafung wegen einer Uebertretung derſelben, ohne ungerecht zu handeln, gedenken [43]). Unter der Bekanntmachung eines Geſetzes (promul-

41) *L. 9. Cod. de Legib.* Kleins Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den Preuß. Staaten II. Bd. S. 83.

42) VOET. Commentar. ad Pandect. Tit. *de Legibus* §. 10. und *Bern. Aug.* GAERTNER Meditat. pract. ſec. ord. Pandectar. Spec. I. (*Marb.* 1785. 8.) Med. 8. S. 21. S. auch die Abhandlung eines Ungenannten über den Grund der Verbindlichkeit bey poſitiven Geſetzen. Hannover 1775. 8.

43) Man vergleiche hier die ſchöne Abhandlung in Kleins Annalen VI. Bande S. 93. unter der Aufſchrift: Giebt es Zwangs- und Strafgeſetze, welche die Bürger des Staats, auch ohne vorgängige Bekanntmachung, verpflichten?

mulgatio legis) verstehet man aber eigentlich diejenige Handlung, dadurch der Gesetzgeber seinen Unterthanen seinen Willen ausdrücklich zu erkennen giebt, den sie als Gesetz beobachten sollen. Sie kann entweder schriftlich oder mündlich geschehen. Giebt der Gesetzgeber durch Handlungen seinen Willen zu erkennen, indem er eine zur Gewohnheit gewordene Handlungsart seiner Unterthanen stillschweigend billiget, so ist dies keine eigentliche Promulgation, sondern sie wird nur abusive so genennt. Gesetze, die ausdrücklich vom Gesetzgeber promulgiret worden sind, werden geschriebene Gesetze im juristischen Verstande genennt, und dem Gewohnheitsrechte entgegengesetzt, wovon im 3ten Titel ein mehreres vorkommen wird.

§. 20.

Wie muß die Bekanntmachung eines Gesetzes geschehen? Was hat sie für Wirkungen?

In der Lehre von der Bekanntmachung der Gesetze [44]) kommt es nun hauptsächlich auf zwey Fragen an: I) wie muß die Bekanntmachung eines Gesetzes geschehen, wenn sie von rechtlicher Wirkung seyn soll? und II) was hat sie für Wirkungen? Im Betreff der erstern Frage versteht es sich zwar von selbst, daß die Promulgation eines Gesetzes auf eine solche Art geschehen müsse, wodurch sie zur Wissenschaft der Unterthanen im Staate gelangen kann, allein die

44) S. Joseph Herr über die Bekanntmachung der Gesetze. Freiburg 1783. und eine andere Schrift über diesen Gegenstand im Magazin gemeinintereff. Lectüre III. Quartal 1785. S. 415. ff.

die Frage iſt, was dazu gehöre, um ſolches zu bewerkſtelligen? Eine Frage, welche beſonders in Anſehung peinlicher Geſetze von größter Wichtigkeit iſt, indem der Mangel hinreichender Wiſſenſchaft derſelben nothwendig die Wirkſamkeit der Strafen hindern muß. So gewiß es nun übrigens iſt, daß zur Bekanntmachung eines Geſetzes, wenn ſie auf die gehörige Art geſchehen ſoll, dreyerley erfordert werde, nämlich:

1) daß ſie an einem öffentlichen und dazu ſchicklichen Orte geſchehe,

2) zu einer ſchicklichen Zeit, und

3) in einer Sprache, die die Unterthanen verſtehen;

ſo lehrt doch die tägliche Erfahrung, wie wenig insgemein durch die gewöhnliche Bekanntmachung der gewünſchte Entzweck, beſonders in Anſehung der Strafgeſetze bey dem Volke erreicht werde. Es iſt wahr, man verfaßt ſie in der Landesſprache, ſchlägt ſie an öffentlichen Orten an, verkauft ſie gedruckt, rückt ſie in Zeitſchriften und Intelligenzblätter ein, und läßt ſie auch wohl von Zeit zu Zeit von den Kanzeln verleſen; und doch trift noch immer ein, worüber ſchon Cyprian [45]) zu ſeinen Zeiten klagte: Inciſae ſint licet Leges, et publico aere praefixo iura perſcripta, inter leges tamen ipſas delinquitur, inter iura peccatur. Die Urſachen ſind leicht zu errathen. Viele unter dem Volke können nicht leſen; die Geſetze, wenn ſie zumahl nur geſchrieben, nicht gedruckt ſind, bleiben ihnen daher, aller Bekanntmachung ohngeachtet, unbekannt. Wenige pflegen überdies öffentlich angeſchlagene Schriften zu leſen, und ſolche An-

45) Lib. II. *ad Donatum de gratia Dei* Ep. 2.

Anschläge werden überhaupt bald durch Muthwillen oder Witterung vernichtet. Die Zeitschriften gelangen selten zu den niedern Volksclassen, und werden von vielen nur flüchtig durchblättert oder doch nicht sorgfältig aufbewahrt. Auch scheut der gemeine Mann den Verkaufspreis gedruckter Gesetze. Die Verlesung derselben in den Kirchen hat eben so wenig vollkommen diejenige Wirkung, welche man sich davon verspricht. Das Volk giebt entweder wenig Achtung darauf, oder verläßt unterdessen die, vielleicht ohnehin diesmahl nicht zahlreiche Versammlung, denn meist geschiehet die Verlesung erst nach der Predigt; und insgemein lieset der Prediger die Verordnung unverständlich und mit möglichster Geschwindigkeit vor. Endlich sind auch wenige mit der juristischen Schreibart bekannt genug, um den Inhalt der Gesetze, besonders der Strafgesetze, mit allen ihren Abtheilungen, Distinctionen und Ausnahmen gehörig zu fassen. Zwar sollte sich ein jeder Bürger des Staats um die Gesetze, welche ihn, oder sein Gewerbe, oder seine Handlungen betreffen, von selbst erkundigen, sollte schon aus Gründen des öffentlichen und privat Wohls, nicht aus Furcht vor der Strafe, die Gesetze des Staats beobachten, in welchem er lebt; allein daraus folgt nur so viel, daß eben keine Ungerechtigkeit begangen wird, wenn man einen solchen Unterthan nach Gesetzen richtet, von denen er durch eigene Schuld nicht gehörige Wissenschaft gehabt hat. Unterdessen bleibt doch immer jene, wenn gleich verschuldete, Unkunde der Gesetze die Hauptursache, daß oft so schwere Verbrechen dennoch begangen werden, die doch durch diese Gesetze verhütet werden sollen; und auch das gerechteste Gesetz bleibt zu völliger Erreichung seines Entzwecks unwirksam. Wie viel liegt also nicht an einer sorgfältigern Bekannt-

ma-

machung der Gesetze? Allein wie soll man genauere und allgemeinere Kenntniß derselben, und zwar der Strafgesetze, bey denen es auf eine sorgfältige Publication so vorzüglich ankommt, verbreiten? Hierüber sind schon mancherley Vorschläge gethan worden, auf welche mich aber hier einzulassen, wider meinen Plan ist. Man erlaube mir jedoch, von den treflichen Bemerkungen, die ich über diesen Gegenstand in der neuesten Schrift eines berühmten Rechtsgelehrten [46]) gelesen habe, hier Gebrauch zu machen. Dieser sagt, man solle sich in der Schreibart solcher Strafgesetze mehr nach der Fassungskraft der niedern Volksclassen und der Nichtiuristen richten. Dazu möchte vorzüglich dienen, wenn man von jedem Strafgesetz unter öffentlicher Autorität einen zweckmäßgen Auszug für das Volk machte, mit Vermeidung alles Kunstmässigen, und aller feinern Unterscheidungen, welche bey den Graden der Moralität, und bey der Imputation statt finden u. s. w. Man verfertige zu dem Ende einen Volkscodex oder Strafcatechismus aus allen und jeden noch geltenden Strafgesetzen, so kurz und so wohlfeil als möglich; und suche diesen auf jede schickliche Art unter dem Volke zu verbreiten. Das letztere geschiehet: a) wenn man solchen bey gottesdienstlichen Versammlungen, an bestimmten Tagen, jährlich zwey- drey- auch wohl viermahl, unter Ahndung des willkührlichen Aussenbleibens der Pfarrkinder, nicht nach der Predigt, sondern vorher, mit zweckmäsiger Einleitung, und am Schlusse der Handlung beygefügter ernstlichen Vermahnung, laut, langsam, und vernehmlich verlesen lässet; b) wenn man solchen denjenigen Schriften

46) D. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de ignorantia populi circa poenas, earum vim impediente. Lipsiae 1788.

einrückt oder beyfügt, welche in die Hände aller Unterthanen, ohne Unterschied des Geschlechts, Standes oder Alters kommen, z. B. den Kalendern; c) wenn man denselben in die für die Volksschulen bestimmten Lehrbücher aufnimmt, und in jenen fleißig darnach unterrichten lässet; d) endlich wenn man die Anschaffung dieses wohlfeilen Büchleins, nach der neuesten Ausgabe, jedem Hausvater bey Strafe befiehlt. Eben so halte man es auch mit den von Zeit zu Zeit erscheinenden neuen Gesetzen, die man bey der nächsten Auflage in den Volkscodex aufnehmen, und unterdessen in die Zeitungen, wöchentliche Anzeigen, und solche Schriften einrücken muß, welche allgemein gelesen werden. Ein Hauptumstand, das Andenken derselben beym Volk bleibend und lebhaft zu erhalten, ist auch die öffentliche, mit einiger, Aufsehen erregender, Zubereitung verknüpfte Vollziehung verwirkter merkwürdiger Strafen, und deren öffentliche Bekanntmachung, wovon in der vorhin gedachten Schrift ebenfalls sehr practische Regeln an die Hand gegeben werden [47]).

Wir kommen nun zweitens auf die Wirkungen einer auf die gehörige Art geschehenen Promulgation; diese bestehen darinn:

1) Daß das Gesetz in der Regel gleich von dem Augenblicke an die Unterthanen verbindet, da es ihnen bekannt gemacht worden ist. Es sind zwar verschiedene Rechtsgelehrten [48]) der Meinung, daß ein neues Gesetz erst nach dem

47) Ueber die Publicität der Strafen, und deren Gründe verdient vorzüglich gelesen zu werden Kleinschrod in der systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten d. peinl. Rechts. 2. Th. §. 26. ff.

48) S. LAUTERBACH in Colleg. Theor. pr. Pand. Lib. I. Tit. 3. §. 20. STRYK Us. mod. Pandect. eod. Tit. §. 15. *l. H.* BOEHMER

dem Ablaufe zweyer Monathe ſeine Gültigkeit erlange; allein dieſe Meinung iſt völlig ungegründet, und daher mit Recht von andern Rechtsgelehrten verworfen worden [49]). Denn die *Nov. 66. c. 1.* enthält keine allgemeine Regel, ſondern ſchränkt ſich lediglich auf diejenigen Verordnungen Juſtinians ein, welche die Teſtamente betreffen; und ſelbſt in Anſehung dieſer ſoll es bey der Regel bleiben, wie die Anfangsworte des erſten Kapitels deutlich beweiſen: *Sancimus, ut ex illo tempore conſtitutiones noſtrae de teſtamentis valeant, ex quo in commune manifeſtae factae ſunt.* Juſtinian will nur, daß ſich nach zwey Monathen niemand weiter mit der Unwiſſenheit entſchuldigen ſolle. (Ita enim nemo plane excuſationem habebit, quare legem noſtram non obſervet). Doch leidet unſere Regel alsdann ohnſtreitig eine Ausnahme, wenn der Geſetzgeber bey der Bekanntmachung eines Geſetzes eine gewiſſe Zeit beſtimmt hat (vacatio), nach deren Verlauf erſt die verbindliche Kraft ſeiner Diſpoſition ihren Anfang nehmen ſoll, wovon uns die Lex Iulia et Papia Poppaea [50]), desgleichen die Juſtinianeiſchen Geſetzſamm-

MER in doctr. Digeſtor. eod. Tit. 3. §. 12. n. *d. de* WERNHER Obſ. for. T. I. P. IV. Obſ. 201. in Suppl. nov. de COCCEJI Ius civ. controv. Tit. *de Legibus* Qu. 8.

49) LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. VII. med. 8. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum Vol. I. Obſ. 33. GAERTNER Meditat. pract. med. 11. WESTENBERG in Digeſtis tit. *de LL.* §. 12. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 86. und EMMINGHAUS in Not. ad COCCEJI Ius civ. controv. cit. loc. not. w. pag. 49.

50) REINECCIUS in Commentar. ad L. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. I. c. 3. pag. 49.

langen, und in unsern Zeiten das neue Gesetzbuch für die königl. preußischen Staaten genug Beyspiele geben.

2) Eine andere Wirkung ist, daß die Gültigkeit eines gehörig promulgirten Gesetzes so lang vermuthet wird, bis das Gegentheil erwiesen ist [51]; nach der bekannten Regel: quod lex semper loqui praesumatur [52]. Denn die Abänderung oder gänzliche Aufhebung eines Gesetzes ist ein res facti, welche im Zweifel nicht vermuthet werden kann.

3) Eine dritte Wirkung ist, daß derjenige die Vermuthung wider sich hat, welcher sich mit der Unwissenheit eines Gesetzes entschuldigen will, dessen Bekanntmachung ausser allem Zweifel ist. Es ist indessen, in sofern etwa von particulären Landesgesetzen oder Statuten die Rede seyn sollte, noch billig ein Unterschied zu machen, ob eigentliche Unterthanen, oder ob Fremde, die sich nur ihrer Geschäfte wegen in einem Lande oder in einer Stadt aufhalten, aus Unwissenheit dagegen gehandelt haben. Im ersten Falle verdient die zur Entschuldigung vorgeschützte Unwissenheit weder Glauben noch Aufmerksamkeit [53]. Diese Regel ist ganz allgemein, und selbst die Personen, denen sonst die Gesetze in Ansehung der Unwissenheit des bürgerlichen Rechts einige Nachsicht bewilligen, z. B. Frauenzim-

51) *L.* 22. *D. de probat.*

52) *Io. Tob.* RICHTER Progr. de eo, an lex semper loqui praesumatur. Lipſ. 1747.

53) Und zwar theils ob *L.* 12. *C. de iur. et fact. ignorant.* theils ob ſupinam, qua id ius facile cognoſcere potuerunt, ignorantiam, wie de BOEHMER *ad Carpzovium* P. III. Qu. 149. Obſ. 4. S. 150. ſagt. Siehe auch LEYSER Sp. 289. *medit. 6.*

zimmer, Soldaten u. d. können nicht davon ausgenommen werden [54]). Inzwiſchen iſt hierbey alles richterliche Ermeſſen nicht auszuſchlieſſen, ſondern es kann unterweilen die vorgeſchützte Unwiſſenheit allerdings ſodann zu einer Entſchuldigung gereichen, und ſolche, wenn inſonderheit von Strafgeſetzen die Rede iſt, eine Milderung der Strafe bewirken, wenn ſie durch wahrſcheinliche Gründe beſtärkt und unterſtützt werden kann. Dahin gehört, wenn der Verbrecher zu der Zeit, da das Geſetz publicirt worden, vielleicht lange Zeit abweſend geweſen ſeyn ſollte; oder erſt neuerlich das Bürgerrecht an einem Orte erhalten hat, oder Beyſpiele vorhanden ſeyn möchten, daß die Strenge des Geſetzes nicht angewendet worden; oder wenn überhaupt der Inhalt des Geſetzes von dergleichen Art von Leuten, als der Uebertreter deſſelben iſt, nicht leicht hat gefaßt werden können, z. B. wenn der Menſch von Natur einfältig iſt [55]). Was nun im Gegentheil die Fremden anbelangt, ſo vermuthet man zwar nach der Regel, daß ſie die Geſetze des Orts, wo ſie ſich nur erſt ſeit kurzer Zeit aufhalten, wenn ſie dagegen gehandelt, nicht

54) Man vergleiche hier des Hrn. Prof. Webers Abh. über die Proceßkoſten, deren Vergütung und Compenſation. §. 8. und GAERTNER in meditat. practicis ad Pandect. meditat. 10.

55) Ueberhaupt iſt noch immer ein groſſer Unterſchied zwiſchen den, welcher blos aus Unwiſſenheit der Geſetze fehlt, und dem, welcher wiſſentlich dagegen handelt. Denn daraus, daß Jemand ein Geſetz wiſſen ſollte und konnte, läßt ſich noch nicht ſchlieſſen, daß er es auch gewußt habe. Es hat daher der Unwiſſende noch nicht diejenige Strafe verwirkt, welche den vorſätzlichen Uebertreter des Geſetzes treffen wird. S. Kleins Annalen VI. Band S. 100.

gekannt haben. Jedoch verdient der von einem Fremden angeführte Irrthum der Landes- und Stadtgesetze sodann in keinen Betracht gezogen zu werden, wenn etwa der besondere Zustand des Fremden, oder auch das Gewerbe, welches er treibt, ihn schon an sich verpflichteten, sich eine Kenntniß der Landes- und Stadtgesetze zu erwerben [56]). Ich werde davon an einem andern Orte umständlicher handeln. Alles, was ich inzwischen hier schon gesagt habe, setzt den Fall voraus, daß die geschehene Bekanntmachung eines Gesetzes an sich keinem Zweifel unterworfen sey. Wie nun aber, wenn diese selbst von einem Unterthan geläugnet würde, und also die Publication des Gesetzes selbst noch streitig wäre, ob sie nämlich auf die gehörige Art geschehen sey oder nicht? Wem würde in einem solchen Falle wohl die Last des Beweises obliegen? Die Frage ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Leyser [57]) behauptet, daß derjenige, welcher ein vorhandenes Gesetz für sich anführt, desselben Publication zu erweisen nicht nöthig habe, sondern diese vermuthet werde. Allein diese Meinung hat wenig Beyfall gefunden, und Leyser selbst hat sie in der Folge geändert und mehr eingeschränkt [58]). Die meisten Rechtsgelehrten nehmen die Regel an, daß die Bekanntmachung eines Gesetzes von demjenigen, der sich darauf gründet, bewiesen werden müsse, wenn sie vom Gegner

56) Quistorp in den Grundsätzen des peinlichen Rechts 1 Th. 2. Abschn. 2. Cap. §. 48.

57) Meditat. ad Pand. Spec. VII. m. 1. MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Obs. 14. hat den Leyser ausführlich widerlegt.

58) *Vol. XII. Suppl.* 1. Spec. 7. med. 16.

Gegner geläugnet wird [59]). Es verſtehet ſich, daß hier blos von Landesgeſetzen die Rede ſey. Denn wer ſich auf das gemeine in Teutſchland recipirte Recht beruft, hat ohnehin jederzeit fundatam intentionem für ſich. Ob nun gleich die andere Meinung allerdings für gegründeter zu halten iſt, ſo darf doch der Unterſchied zwiſchen alten und neuen Landesgeſetzen nicht aus der Acht gelaſſen werden, indem, wenn von einem alten Geſetz die Rede iſt, welches bisher von den Unterthanen immer beobachtet worden, die geſchehene Publication deſſelben in einem ſolchen Falle allerdings zu vermuthen ſtehet, mithin derjenige, welcher ſich darauf beruft, mit keinem Beweiß beſchweret werden kann. Dahingegen verhält ſich die Sache bey neuen Geſetzen, deren Anwendung ſelbſt noch ſtreitig iſt, ganz anders, bey ſolchen kann die geſchehen ſeyn ſollende Bekanntmachung, wenn ſie von dem Gegner geläugnet wird, darum nicht vermuthet werden, weil ſie etwas factiſches iſt, alles dasjenige aber, was facti iſt, im Läugnungsfall und der Regel nach erwieſen werden muß. Und dieſer Beweiß wird auch dann noch nöthig ſeyn, wenn gleich daſſelbe Geſetz, wovon die Frage iſt, bereits gedruckt ſeyn ſollte, indem die Erfahrung lehrt, daß manchmal Geſetze, wenn ſie gleich ſchon gedruckt ſind, dennoch hernach entweder gar nicht, oder wenigſtens etliche Jahre nachher erſt publiciret werden [60]).

59) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. VIII. med. 1. 2. 3. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts. I. Th. S. 55. u. folg.

60) Ein merkwürdiges Beyſpiel findet man in GAERTNER Meditat. pract. ad Pandect. Spec. I. med. 9.

Endlich 4) gehört auch zu den Wirkungen der Bekanntmachung eines Gesetzes, daß die Unwissenheit des Gesetzes Keinem zu statten kommt, der vermöge derselben einen Vortheil hätte erlangen können, wenn er solchen aus rechtlicher Unwissenheit einmahl aus den Händen gelassen hat. Es tritt hier die Regel der *L.* 7. *D. de iuris et facti ignor.* ein: Iuris ignorantia non prodest *adquirere volentibus*, welche in der *L.* 9. §. 5. *eodem.* durch folgende sehr treffende Beyspiele erläutert wird: wann ein Erbe, welcher über die im Falcidischen Gesetz vorgeschriebene Maaße mit Vermächtnissen beschweret worden, solche vollständig und ohne Abzug ausgezahlt hätte, weil ihm das Gesetz des Falcidius nicht bekannt war; oder wenn ein Erbe, der mit einem Universalfideicommisse oneriret worden, die Erbschaft ganz restituirt hätte, ohne die Trebellianische Quarte inne zu behalten, weil er von dieser rechtlichen Wohlthat nichts wuste; so kann keiner von beyden etwas wieder zurückfordern. Der Fehler liegt hier blos in rechtlicher Unwissenheit, welche nach der *L.* 8. und 9. *D. eodem* in compendiis, d. i. wenn vom Erwerb eines erlaubten Gewinnes die Rede ist, auch sogar solchen Personen schadet, denen sonst die Gesetze die Unwissenheit bürgerlicher Rechte verzeihen.

§. 21.

In wieferne können positive Gesetze auf vergangene Handlungen gezogen werden?

Da ein positives Gesetz vor der geschehenen Bekanntmachung keine verbindliche Kraft hat, so folgt, daß Gesetze dieser Art eigentlich nur zukünftigen, nicht aber vergangenen Hand-

Handlungen zur Regel dienen [61]). Man verſtehet aber unter vergangenen Handlungen ſolche Geſchäfte, welche bereits vor der Bekanntmachung des neuen Geſetzes vorgegangen ſind, und ihre weſentliche Vollkommenheit erhalten haben. Auf ſolche Handlungen können poſitive Geſetze eigentlich nicht angewendet werden, weil niemanden ſein ius quaeſitum genommen werden darf, und die Geſetze Ungerechtigkeiten verhüten, aber nicht veranlaſſen ſollen. Man ſetze z. B. den Fall, daß in einem gewiſſen Lande das neue Geſetz gegeben würde, daß keine Verpfändungen liegender Grundſtücke ohne gerichtliche Beſtätigung der Hypothek mehr gültig ſeyn ſollen. Ein Bürger aber hätte ſich kurz zuvor von ſeinem Schuldner eine Hypothek, jedoch ohne gerichtliche Confirmation, ſo wie es Zeither in dem Lande erlaubt war, conſtituiren laſſen. Iſt nun bey entſtandenem Concurs dieſe Hypothek nach dem neuen Geſetz zu beurtheilen, folglich der Gläubiger nicht anders, als wenn er gar keine Hypothek hätte, unter die Chirographarios zu locciren? Nein, dies wäre offenbar ungerecht [62]). Der Creditor bekommt ſeine Stelle unter den hypothekariſchen Gläubigern, die er vor dem neuen Geſetz fordern konnte. So einleuchtend nun dieſes zu ſeyn ſcheint, ſo finden ſich dennoch bey der praktiſchen Anwendung jener Regel nicht wenig Schwierigkeiten. Denn oft iſt es ſchwer, zu beſtimmen, ob

61) *L. 7. C. de Legib.* Leges et conſtitutiones *futuris* certum eſt dare formam negotiis, *non ad facta praeterita revocari*: niſi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum ſit.

62) Quid enim antiquitas peccavit, ſagt Juſtinian in der *L.* 29. *in fine Cod. de teſtam.* quae praeſentis legis inſcia, priſtinam ſecuta eſt obſervationem?

ob und in wiefern eine gewisse Handlung für vergangen, oder für noch zukünftig zu halten sey, theils weil zuweilen eine vergangene Handlung mit einer noch zukünftigen so genau verbunden ist, daß sie beyde als eine Handlung betrachtet werden können, theils weil es Fälle giebt, wo eine Handlung in gewisser Rücksicht zu den vergangenen, in anderer Beziehung aber zu den zukünftigen gerechnet werden kann. Hier hat man vor allen Dingen darauf zu sehen, ob das eingegangene Geschäft wirklich schon vor der Bekanntmachung des neuen Gesetzes seine wesentliche Vollkommenheit erhalten hatte oder nicht? Um dieses richtig zu beurtheilen, muß man mit der Natur und den wesentlichen Bestimmungen eines solchen rechtlichen Geschäfts, welche der Begriff desselben erfordert, genau bekannt seyn. Z. E. wenn sich jemand mit einer Person verlobt hätte, und nun ein neues Gesetz diese verabredete Ehe verböte, so darf sie nicht vollzogen werden. Denn das Eheverlöbniß ist noch keine Ehe, sondern gehet nur auf die Eingehung einer noch zukünftigen Ehe. Man denke sich hingegen den Fall, daß auf eine den bisherigen Gesetzen gemässe und erlaubte Art ein Kauf geschlossen worden sey, die Contrahenten auch über Waare und Kaufpreis schon vollkommen einig gewesen wären, noch vor der Uebergabe oder Bezahlung des Kaufgeldes aber ein neues Gesetz diese Art des Kaufs verboten hätte. Ist nun der ganze Handel für ungültig zu halten? Ich glaube es nicht, denn das Geschäft hatte schon vor der Publication des neuen Gesetzes seine wesentliche Perfection erhalten. Hat nun aber ein Geschäft schon vor der Bekanntmachung des neuen Gesetzes seine wesentliche Vollkommenheit erreicht, es hängt aber die Vollziehung und Wirkung desselben noch von einer zukünftigen

Hand-

Handlung ab, ſo kommt es darauf an, ob dieſe noch zukünftige Handlung, von welcher die Wirkung des eingegangenen Geſchäfts abhängt, eine einfache iſt, welche nach der Natur des Geſchäfts weder eine Wiederholung erfordert noch geſtattet, oder ob die Erfüllung des bereits vor dem neuen Geſetz vollkommen abgeſchloſſenen Geſchäfts aus wiederholten Handlungen beſtehet. Im letztern Falle findet die Regel ſtatt: Geſchäfte, welche von einer ſolchen zukünftigen Handlung ihre Erfüllung oder Wirkung erhalten, die nicht auf einmahl vollendet iſt, ſondern öfters geſchehen muß, können nicht ſchlechterdings ad negotia praeterita gerechnet werden, ſondern ſind inſofern als zukünftig zu betrachten, als vor dem neuen Geſetz noch nicht die Zeit verfloſſen war, da auf die Erfüllung geklagt werden konnte. Dieſer Fall kommt beſonders bey den Zinſen vor. Z. B. Wenn ich mir in einem Falle, wo es bisher erlaubt geweſen, von meinem Schuldner mehr als gewöhnliche Zinſen habe verſprechen laſſen, und nun ein neues Geſetz publicirt wird, welches dem Gläubiger in einem ſolchen Falle auch nur gewöhnliche Zinſen zu nehmen verſtattet, ſo iſt meine Zinsforderung zwar in Anſehung der vor dem neuen Geſetze ſchon verfallenen Zinſen pro negotio praeterito zu halten, worauf das Verbot des Geſetzes nicht angewendet werden kann; allein in Anſehung der noch künftig zu zahlenden Zinſen, deren Verfallzeit erſt nach geſchehener Bekanntmachung des Geſetzes eintritt, gehört die Zinszahlung ad negotia futura, und ich kann die bedungenen Zinſen nicht weiter fordern, als ſoweit es das neue Geſetz zu nehmen

men erlaubt [63]). Im erstern Falle hingegen, da die Wirkung eines rechtlichen Geschäfts nur von einer einzigen noch zukünftigen Handlung oder Begebenheit abhängt, ist das vor dem neuen Gesetz zur wesentlichen Perfection bereits gediehene Geschäft insofern für ein vergangenes zu halten, worauf das neue Gesetz nicht erstrecket werden darf, als es nicht mehr möglich ist, diese Handlung nach der Vorschrift des neuen Gesetzes abzuändern, ohne dem erworbenen Rechte eines andern zu nahe zu treten [64]). Z. B. Es hat mir einer vom Adel in seinem Testament sein Rittergut vermacht, und nun wird nach seinem Tode, ehe noch der instituirte Erbe die Erbschaft angetreten, ein neues Gesetz publicirt, daß dergleichen Güter nicht in bürgerliche Hände kommen sollen. Hier fragt sichs nun, ob das neue Gesetz auf diesen Fall zu ziehen sey? ich halte dieß für ungerecht, weil

63) Justinian bestättigt dieses selbst in der *L.* 27. *Cod. de usuris*: iubemus, etiam eos, qui *ante eandem sanctionem* ampliores, quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum *ex tempore lationis eius* suas moderari actiones: scilicet *illius temporis, quod ante eam defluxit Legem, pro tenore stipulationis usuras exacturos.*

64) *Nic. Christph.* LYNCKER in Diss. de vi legis in praeteritum. (*Ienae* 1681. *rec.* 1751.) *Th.* 5. und *Tob. Iac.* REINHARTH in select. Observat. ad CHRISTINAEI *Decisiones.* Vol. I. Obs. XLIX. nr. 5. geben hier folgende Regel: *Quaecunque negotia iam ante legem novam latam quoad essentiam suam fuerunt perfecta, licet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro, eoque non extensivo, adhuc exspectent, ea ad praeterita omnino referenda sunt, adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam vero ex nova lege lata diiudicanda; modo non integrum sit, negotium iuxta novae legis statuta emendandi et perficiendi.*

weil durch den Tod des Erblassers, der noch ante legem novam erfolgt war, der letzte Wille desselben seine Vollkommenheit erhalten hatte, und das Legat bereits acquirirt war. Das Vermächtniß ist also hier allerdings zu den vergangenen Handlungen zu rechnen, denn nur mein Forderungsrecht allein hängt noch von der Antretung des Erben ab; und dieses ius quaesitum kann mir durch das neue Gesetz nicht entzogen werden. Wäre im Gegentheil das neue Gesetz noch vor dem Tode des Testirers gegeben worden, so würde es hier allerdings seine Anwendung finden [65]). Noch eine Frage ist hier zu erörtern; wie wenn ein gewisses Rechtsgeschäft unter einer Bedingung wäre geschlossen worden, und diese erst nach der Bekanntmachung des neuen Gesetzes existirte, ist ein solches negotium pro praeterito, oder nicht vielmehr pro futuro zu halten? Dem erstern Anschein nach sollte man beynahe meinen, daß das Geschäft als ein noch zukünftiges zu betrachten sey, weil ein Geschäft, dessen conditio noch zur Zeit pendens ist, pro imperfecto gehalten wird [66]). Allein die Handlung ist dennoch nach der richtigern Meinung für eine vergangene zu halten, weil bekannt ist, daß die Bedingung, wenn sie erfüllt wird, bis zum Anfang des Geschäfts zurückgezogen, und vermöge einer rechtlichen Fiction angenommen wird, als wenn dasselbe gleich anfangs geschlossen worden wäre [67]). Aus diesem Grunde kann also lex nova auf die, noch vor dem neuen Gesetz abgeschlossene, wenn gleich bedingte, Rechtsgeschäfte, nicht angewendet werden.

Die

65) REINHARTH a. a. O. n. 7. 8. S. 125.

66) *L.* 213. *D. de Verb. Signif.*

67) *L.* 78. *D. de Verb. Obligat.*

Die Regel, daß positive Gesetze nicht auf vorher geschehene, sondern nur auf zukünftige Handlungen angewendet werden dürfen, gehet übrigens auch auf Strafgesetze. Man hat daher bey Bestimmung der Strafe eines begangenen Verbrechens darauf zu sehen, was zu der Zeit, da das Verbrechen begangen wurde, für eine Strafe in den Gesetzen bestimmt gewesen, denn nur diese hat der Missethäter eigentlich verwirkt, nicht aber diejenige, so erst nachher durch ein neues Gesetz, wenn auch noch vor geendigter Untersuchung, ist eingeführet worden [68]).

Es giebt indessen Ausnahmen von unserer Regel. Hierher gehört,

1) wenn der Gesetzgeber aus Gründen des gemeinen Wohls ausdrücklich erklärt hat, daß das Gesetz auch auf vergangene Fälle gezogen werden solle. Wir finden davon verschiedene merkwürdige Beyspiele in dem Römischen Gesetzbuche. So hat z. E. der Kaiser **Constantin** seine Verordnung, worinn der commissorische **Vertrag** in Rücksicht auf Pfänder und Hypotheken in seinem ganzen Umfange als unerlaubt und unverbindlich verworfen wird [69]), auch auf bereits ertheilte Pfänder und Hypotheken extendirt. Da inzwischen eine Ausnahme von der Regel immer stricte zu nehmen ist, so kann eine solche Verordnung, die sich zugleich auf casus praeteritos aus-

68) *L.* 1. *pr. D. de poenis. L.* 21. *D. de iniuriis.* VOET in Commentar ad Pandect. Tit. de Legibus §. 17. KOCH Institut. iur. crim. §. 39. d.

69) *L.* 3. *Cod. de pact. pignor.* Mehrere Beyspiele kommen vor in der *L.* 3. *C. de quadr. praescript. L.* 22. §. 1. *C. de SS. Eccles.* und der *L. un.* §. 4. *Cod. de contract. iudicum.*

ausdrücklich beziehet, doch nur von ſolchen vergangenen Handlungen verſtanden werden, die noch nicht durch rechtskräftige Urtheile, oder Vergleich, oder auf eine andere Art entſchieden, oder durch Zahlung und Uebergabe, oder ſonſt ohne Streit bereits vollzogen, und alſo ſchon ante Legem novam völlig beendiget ſind; ſondern nur inſofern ſolche Handlungen annoch rechtshängig, oder wenn ſie auch nicht in Streit gezogen worden, dennoch zur Zeit wenigſtens noch nicht vollzogen und erfüllet ſind, können ſie nach dem neuen Geſetz beurtheilt werden, weil ſonſt die Proceſſe unaufhörlich ſeyn würden [70]).

2) Wenn das neue Geſetz eine bloſe Erklärung eines ſchon vorhanden geweſenen wirklich dunkeln und zweydeutigen ältern Geſetzes iſt, ſo giebt eine ſolche lex declaratoria in allen noch zu entſcheidenden Rechtsfällen den Ausſchlag [71]). Zu den Ausnahmen unſerer Regel rechnet man,

3) wenn das neue Geſetz eine Strafe in Anſehung ſolcher Handlungen beſtimmt, welche ſchon vorher nach den natürlichen oder bürgerlichen Geſetzen unerlaubt geweſen ſind [72]). Allein auch hier kann das Geſetz nicht auf ſolche

70) Eben dieſes beſtärken auch die in der vorhergehenden Note angeführte Geſetzſtellen ausdrücklich. S. VOET cit. loc. BOEHMER in Conſultat. T. II. P. I. Reſp. 6. n. 3. GAERTNER in Meditat. pract. med. XII. und EMMINGHAUS in Not. ad COCCEJI ius civ. controv. Tit. de Legibus Qu. IX. not. X. p. 50.

71) *Nov. XIX. in fin. Praefat. et cap.* I. EMMINGHAUS cit. loc. not. y.

72) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digeſtor. Tit. de Legibus §. 6.

solche Fälle angewendet werden, die bereits rechtskräftig entschieden worden sind.

4) Gesetze, welche blos die Art des gerichtlichen Verfahrens beym Proceß (ordinem iudicii) bestimmen, sind auch auf die bereits vor der Publication solcher processualischen Gesetze rechtshängige Sachen anzuwenden, sofern der Gesetzgeber in dem Gesetz selbst nicht verordnet hat, daß es auf die neuerdings erst entstehende Processe angewendet werden solle [73]).

5) Wenn das neue Gesetz eine Handlung erlaubt, die das ältere verboten hatte, oder die Strafe des ältern Gesetzes mildert, so kommt ein solches Gesetz auch demjenigen Uebertreter zu statten, an welchem die verwirkte Strafe, zur Zeit der Publication des neuern Gesetzes, noch nicht vollzogen war [74]). Das neue Gesetz ist in diesem Falle gleichsam als eine allgemeine Begnadigung anzusehen. Jedoch muß der Angeschuldigte die Untersuchungs-Kosten billig tragen [75]). Endlich

6) wenn

73) SCHULTING cit. loc. MEVIUS Tom. I. Part. V. Decis. CCLXXVII. n. 9.

74) VOET in Comment. ad Pandect. Tit. de Legibus §. 17. Hiermit stimmt auch das allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten 1. Th. Einleit. §. 22. überein. Nur insofern aus der verbotenen Handlung Privatrechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden.

75) Man sehe hier vorzüglich *Ad. Diet.* WEBER Diss. sistens meditationes quasdam de sententiis et re iudicata intuitu principis ac legis novae, praes. *Io. Matth.* MARTINI def. *Bützovii* 1776. §. 9.

6) wenn das neuere Geſetz überhaupt eine für die Unterthanen günſtige Verordnung enthält, z. B. wenn vermöge deſſelben eine Handlung, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den ältern Geſetzen ungültig ſeyn würde, bey Kräften erhalten werden kann [76]).

§. 22.

Das poſitive Recht iſt entweder ein göttliches oder menſchliches. Giebt es ein allgemeines göttliches Poſitivrecht?

Das poſitive Recht wird nun in das göttliche und menſchliche Poſitivrecht eingetheilt, je nachdem ſolches entweder Geſetze enthält, welche in dem erklärten Willen Gottes ihren Grund haben, oder ſolche, welche in dem erklärten Willen eines menſchlichen Geſetzgebers ſich gründen. Das erſtere theilen viele Gelehrte wieder in das allgemeine (ius poſitivum divinum univerſale), und das beſondere göttliche Poſitivrecht ein, und nennen erſteres dasjenige, welches alle Menſchen auf der ganzen Welt, denen ſolches bekannt worden, nach der Abſicht Gottes verbindet; letzteres aber dasjenige, welches von Gott nur allein den Juden vorgeſchrieben worden iſt. Diejenigen, welche ein allgemeines göttliches Poſitivrecht behaupten, ſind jedoch in Anſehung der hierher zu rechnenden Geſetze wieder ſehr verſchiedener Meinung. Einige wollen dieſelben im alten Teſtamente gefunden haben, und ſetzen in die Klaſ-

76) VOET cit. loc. *de* CANNGIESSER Deciſiones Haſſo-Caſſellan. Tom. I. Deciſ. XXXIII. nr. 6. Man vergleiche auch noch *Chriſt. Gottl.* REINHARDT Diſſ. de valore et vi legis in praeteritum. *Halae* 1748. und *Chriſtph. Henr.* LORENZ Diſſ. de obligatione legis in praeteritum. *Lipſiae* 1770.

se derselben den Genes. IX. v. 6. enthaltenen göttlichen Ausspruch von Ahndung des Todtschlags, desgleichen die Mosaischen Eheverbote wegen der Blutsverwandschaft und Schwägerschaft [77]). Andere sprechen zwar den im alten Testamente vorkommenden göttlichen Vorschriften die allgemein verbindende Gesetzkraft ab, insofern nämlich dieselben blos willkührliche Verordnungen sind; sie glauben aber, daß das neue Testament dergleichen allgemein verbindliche positive göttliche Gesetze enthalte. Sie rechnen z. B. dahin die Vorschriften der Ehescheidung, ferner von Vermeidung der Blutschande u. d. [78]). Die meisten heutigen Rechtsgelehrten verwerfen jedoch jene Eintheilung des göttlichen Positivrechts, und nehmen blos ein *ius positivum divinum particulare* an [79]). Die Frage, ob es allgemeine positive göttliche Gesetze gebe, ist freylich von jeher sehr bestritten worden, und man kann nicht läugnen, daß sie von wichtigen Folgen sey; denn statuirt man solche Gesetze wirklich, so muß man denselben auch eine unabänderliche Verbindlichkeit beylegen, und kann mithin keine Dispensation dage-

77) S. Sim. Ludw. Eberh. *de* MARÉES Untersuchung der Verbindlichkeit der göttlichen Gesetze von der Todesstrafe des Mörders, und von Vermeidung blutschänderischer Heyrathen. Dessau 1771. 8. Ein gründliches Urtheil über diese Schrift findet man in Schotts Critik. IV. Bandes 36. Stück. S. 508. u. folg.

78) *Car. Christph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 10.

79) Ausser HANNESEN und MEISTER, deren Schriften unser Verfasser in der Not. a. schon selbst angeführt hat, verdient noch bemerkt zu werden *Mainard* TYDEMANN Diss. de legibus divinis positivis universalibus. *Trajecti ad Rhen.* 1774.

dagegen zulaſſen. Ich meines Theils kann mich nun von der Exiſtenz ſolcher Geſetze nicht überzeugen, ſondern glaube, daß diejenigen, welche für das Daſeyn derſelben ſtreiten, in einem zweyfachen Irrthume ſich befinden. Erſtlich: daß ſie manche in der heil. Schrift enthaltene Satzungen für göttliche Geſetze halten wollen, die doch offenbar keine Geſetze ſind; ſodann zweytens: daß ſie bey den wirklichen göttlichen Geſetzen zwiſchen natürlichen und willkührlichen Vorſchriften nicht genugſam unterſcheiden. Wir wollen die Probe machen. Die moſaiſche Stelle Geneſ. IX. v. 6. die nach Luthers Ueberſetzung alſo lautet: wer Menſchenblut vergeußt, des Blut ſoll auch durch Menſchen vergoſſen werden, iſt offenbar kein Geſetz, denn im hebräiſchen Text wird das futurum (יִשָּׁפֵךְ) gebraucht, es ſcheint alſo blos göttliche Drohung zu ſeyn, daß der Mörder, wenn er auch gleich der weltlichen Obrigkeit verborgen bliebe, dennoch dem göttlichen Gerichte nicht entgehen, ſondern durch Menſchen wiederum gewaltſamen Todes ſterben werde [80]). Will man aber dieſe Erklärung nicht gelten laſſen, ſondern jenen Ausſpruch ſchlechterdings für ein göttliches Geſetz gehalten wiſſen, ſo kann doch dieſes Geſetz ohnmöglich als ein allgemeines unwandelbares göttliches Geſetz angeſehen werden. Denn ſonſt würde es natürlich auch auf den Dienſtherrn anzuwenden ſeyn, der ſeinen Knecht oder ſeine Magd erſchlagen. Allein dieſe That ſoll nach 2. B. Moſe XXI. v. 20. und 21. mit dem Tode nicht, ja auch wohl gar nicht einmahl beſtrafft werden, aus dem daſelbſt angehängten Entſcheidungsgrunde: denn es iſt ſein Geld. Ja

80) So erklärt dieſe Moſaiſche Stelle auch THOMASIUS in Diſſ. de iure principis Evang. aggratiandi homicid. cap. IV. §. 4. und HANNESEN in dem angeführten Opuſculo, §. 31. u. folg.

hätten nicht die Söhne Jacobs wegen des an Hemor und seinem Sohn Sichem verübten Mords [81]) ebenfalls wieder mit der Schärfe des Schwerdts hingerichtet werden müssen, wenn jenes Gesetz allgemein und unabänderlich wäre? Allein daß dieses nicht geschehen, erhellet aus 1. B. Mose XLIX. v. 5. und 6. [82]). Es wäre also doch nur ein Zeitgesetz gewesen, welches den Noah und seine Kinder verbinden sollte, um sie für Mordthaten zu warnen [83]). Soviel hiernächst die Mosaischen Ehegesetze anbetrift, so darf der in denselben selbst enthaltene wichtige Unterschied zwischen natürlichen und willkührlichen Vorschriften nicht aus der Acht gelassen werden. Daß nun denselben freylich in Ansehung solcher Verordnungen, die ihren Grund schon in den natürlichen Gesetzen haben, eine allgemeine und unumstößlich verbindende Kraft beyzulegen sey, hat keinen Zweifel, allein von diesen ist auch hier die Rede nicht. Sondern die Frage ist, ob auch denjenigen Eheverboten Mosis, die blos in willkührlichen göttlichen Vorschriften ihren Grund haben, eine allgemeine und unabänderliche Verbindlichkeit zuzueignen sey? und diese Frage ist mit Nein zu beant-

81) *Genes. XXXIV. v.* 26.

82) Noch mehrere Gründe hat Carl Ferd. Hommel in den philosophischen Gedanken über das Criminalrecht, herausgegeben von Dr. Rößig (Breslau 1784.) §. 53.

83) Man sehe MICHAELIS Comment. I. et II. ad leges divinas de poena homicidii, (in *Syntagm. commentation.* P. I. *Goett.* 1759.) Ebendesselben Mosaisches Recht Th. VI. §. 273. f. u. Dr. Leß Abh. kann die Todesstrafe auf den Kindermord ohne Verletzung der göttlichen Gesetze abgeschaft werden, in Dr. Posselt wissenschaftlichen Magazine 1. Heft Nr. 3.

beantworten. Denn es mangelt ihnen an einer nothwendigen Eigenschaft eines allgemeinen willkührlichen Gesetzes, indem sie in einem Gesetzbuche enthalten sind, welches damals nur einem einzigen Volke, nämlich dem Israelitischen, bekannt gemacht war, und dessen Sprache die übrigen Völker nicht einmahl verstanden: dahingegen ein willkührliches Gesetz Gottes, welches alle Völker auf der ganzen Welt angehen sollte, nothwendig durch göttliche Boten, die es so weit, als nur immer möglich, bekannt machten, fast eben so, wie das Evangelium durch die Apostel, an alle Völker hätte gebracht werden müssen. Eine solche allgemeine Bekanntmachung dieser Gesetze an alle Menschen auf der Welt hat aber bis jetzt noch von Keinem bewiesen werden können [84]). Doch Moses selbst giebt uns noch einen viel entscheidendern Beweis in dieser Sache. Man lese nur den Anfang des 18. Kapitels im 3. B. Mose, in welchem der Hauptsitz der Mosaischen Eheverbote ist, so wird man finden, daß nur allein den Israeliten die Beobachtung dieser göttlichen Vorschriften eingeschärft wird; und wenn gleich Moses in eben diesem Kapitel v. 24 — 29. den Cananitern zur Sünde anrechnet, daß sie nicht nach solchen Ehegesetzen gelebt haben, und von denselben zur Warnung der Israeliten sagt: daß Gott ihre Missethaten ahnden, und sie ihrer Greuel wegen aus ihrem Lande ausstossen wolle, weil sie solches verunreiniget haben; so läßt sich doch hieraus, daß die

84) Gesetzt auch, es liesse sich eine solche allgemeine Bekanntmachung erweisen, so würde es doch noch immer erst darauf ankommen, ob diese Bekanntmachung in der Absicht geschehen, daß sich dieselbe auf alle Nachkommen in perpetuum erstrecken solle; welches eben so wenig zu erweisen ist. S. EMMINHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. VII. not. u. T. I. pag. 29.

Gesetze Mosis von den verbotenen Graden als leges positivae divinae universales anzusehen, so wenig erweisen, daß vielmehr das Gegentheil daraus erhellet, indem, wenn diese Gesetze für allgemeine positive Gesetze gehalten seyn sollten, sodann nicht abzusehen wäre, wie die Cananiter hätten wegen einer Uebertretung dieser Gesetze bestrafet werden können, die doch Gott nicht ihnen zugleich, sondern blos den Israeliten durch Mosen hatte bekannt machen lassen. Es ist also ganz offenbar, daß unter den Greueln, daran die Cananiter sich und ihr Land verunreiniget haben, nicht jede in den Mosaischen Ehegesetzen auch nur aus blos willkührlichen Ursachen untersagte fleischliche Vermischungen, sondern solche Vergehungen wider die Keuschheit zu verstehen sind, die schon von Natur so schrecklich sind, daß die Abscheulichkeit einem jeden vernünftigen Menschen sofort in die Augen leuchtet, und zu welchen besonders diejenigen Sünden gehören, deren Moses v. 20. bis 23. des XVIII Capitels Erwähnung thut, als Sodomie, Knabenschändung, Ehebruch u. d. m. [85]).

Was übrigens das neue Testament betrift, so trage ich kein Bedenken, denen beyzutreten, welche die darin enthaltenen Vorschriften für keine eigentliche Gesetze, sondern nur für Lehr- und Glaubenssätze halten [86]).

Man

85) Man vergleiche hier besonders Michaelis Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis, welche die Heyrathen in die nahe Freundschaft untersagen. 3. Hauptst. §. 22. u. folg. (nach der 2. Aufl. Frankf. u. Leipzig 1786. 8.)

86) *I. H.* BOEHMER in Schiltero illustrato s. Emendat. et Addit. ad Schilterum. Lib. I. Tit. II. §. 2. Desgleichen HORN und FLOERCKE in ihren Observat. ad Schilterum a. a. O. Auch Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 49. S. 90. und §. 218. Not. *

Man wird ſich davon ſelbſt leicht überzeugen können, wenn man theils die Gelegenheit, bey welcher ſie von Chriſto und ſeinen Apoſteln vorgetragen worden ſind, theils die Art des Vortrags, theils überhaupt die Verhältniſſe und den Zuſtand der erſten Chriſten hierbey in Erwägung ziehet. Daß wir jedoch die im neuen Teſtament enthaltenen heilſamen Lehren bey Entſcheidung mancher wichtiger Fälle zum Grunde legen, ja die heil. Schrift in dieſer Hinſicht unter die Quellen unſerer Rechtsgelahrtheit rechnen, iſt nicht zu läugnen [87]).

§. 23.

Heutige Gültigkeit des beſondern göttlichen, oder Moſaiſchen Poſitivrechts.

Es giebt alſo nur ein beſonderes poſitives göttliches Recht, und wir verſtehen darunter vorzüglich die in den Schriften Moſis enthaltenen willkührlichen Vorſchriften, welche Gott beſonders den Iſraeliten durch Moſen hat bekannt machen laſſen. Dieſes ſogenannte Moſaiſche Recht [88]) wird in das kirchliche oder Ceremonialrecht und in das bürgerliche oder politiſche Recht eingetheilt, je nachdem es entweder die Art der Gottesverehrung bey den Iſraeliten beſtimmt, oder die Rechte und Verbindlichkeiten feſtſetzt, die

87) S. meine Praecognita univerſae Iurisprud. Eccleſ. poſitiv. Germanor. (Halae 1786.) §. 16. und not. 1. S. 21. und folg. Desgleichen Schott im angef. Eherechte §. 48. S. 88.

88) Ueber das Moſaiſche Recht verdienen beſonders Joh. Dav. Michaelis Moſaiſches Recht. 2te Ausgabe. Frankf. am Mayn 1775. 6 Theile. 8. und *Petri* REGIS Moſes legislator, ſeu de moſaicarum legum praeſtantia. *Auguſt. Taurinor.* 1779. 4. bemerkt zu werden.

sie als Bürger eines besondern Staats zu beobachten hatten. Die Ceremonialgesetze der Juden [89]) hatten hauptsächlich ihre Beziehung auf den damahligen Zustand des jüdischen Volks. Es sollte nämlich die den Israeliten darinn vorgeschriebene Art der Gottesverehrung theils Vorbild auf den Messias, theils Mittel seyn, das Volk Gottes, welches durch den langwierigen Umgang mit den Aegyptiern zu einem sinnlichen und in das Auge fallenden Gottesdienst einmahl verwöhnt war, gegen heidnischen Aberglauben und Abgötterey zu verwahren, und solches hierdurch von den übrigen Völkern der damahligen Zeit ganz abzusondern. Dieses Ceremonialgesetz der Juden ist nun, wie bekannt, im neuen Testamente ganz aufgehoben worden, und gehet also uns Christen gar nichts an. Die bürgerlichen Gesetze Mosis [90]) hingegen, welche ebenfalls auf die damahligen Umstände der Israeliten ihre hauptsächliche Beziehung haben, gelten heutiges Tages unter den Christen nur insofern, als sie in diesem oder jenem christlichen Staate ausdrücklich oder stillschweigend recipirt worden sind. Hieraus folgt, daß ein Landesherr diese Gesetze abzuändern oder wohl gar aufzuheben allerdings befugt sey, wenn die veränderten Umstände seiner Unterthanen solches erheischen [91]), oder er solches

89) S. *Io.* SPENCER de legibus Hebraeorum ritualibus, et earum rationibus. *Cantabrigiae* 1727. Tom. II. fol. und *Christph. Frid.* SARTORIUS de lege ceremoniali. *Tubingae* 1762.

90) *Sam.* STRYCK leges forenses mosaicae cum iure Romano collatae. *Lipsiae* 1745 8. *Henr.* BODINI Diss. de obligatione forensi iuris divini. *Halae* 1696. rec. 1711.

91) Viele Verordnungen des Mosaischen Rechts sind daher heutiges Tages wegen veränderter Umstände gar nicht mehr anwendbar.

ſolches in einzelnen Fällen für gut hält. Daher iſt es keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß ein Landesherr einen Mörder begnadigen [92]), und auch in denjenigen Ehehindernisfällen des Moſaiſchen Rechts, die nicht auf natürliche, ſondern bloß auf willkührliche Vorſchriften ſich gründen, dispenſiren könne [93]).

Die heutigen Juden ſehen zwar die Geſetze Moſis noch heutiges Tages als Vorſchriften Gottes von immerwährender Verbindlichkeit an [94]); allein in Anſehung des heutigen Gebrauchs derſelben iſt zwiſchen Religions- oder Ceremonialſachen und den bürgerlichen Geſchäften derſelben ein Unterſchied zu machen. In Anſehung der erſtern geſtat-

bar. Ein Beyſpiel geben die Moſaiſchen Strafgeſetze, welche heut zu Tage ihrer allzugroßen Strenge wegen, die freylich der Character des Volks zu erfordern ſchien, beynahe ganz auſſer Gebrauch ſind. S. Hommel in den philoſ. Gedanken über das Criminalrecht §. 3. und HELLFELD Diſſ. de legis moſaicae valore hodierno. §. XXII. Auch das Moſaiſche Geſetz, welches Zinſen verbietet, iſt, aller Begünſtigung des kanoniſchen Rechts ohngeachtet, (*c.* 3. u. 4. *X. de uſuris*) durch die teutſchen Reichsgeſetze aufgehoben worden. R. A. vom J. 1600. §. 139. und vom J. 1654. §. 174. Denn es ſchränkte ſich blos auf die damalige Lage und Armuth des Volks ein. Man vergleiche *Io. Dav.* MICHAELIS Commentat. de mente et ratione legis moſaicae uſuram prohibentis. *Erfurti* 1746. 4.

92) KOCH Inſtitut. iur. crim. §. 148. ibique allegati. Deßgleichen Hommel in den philoſ. Gedanken §. 57. und die oben Not. 83. von Michaelis und Leß angeführte Schriften.

93) Schott in der Einleitung in das Eherecht §. 133.

94) S. Moſes Mendelsſohn Ritualgeſetze der Juden. (Berlin 1778.) in der Einleitung.

gestattet man ihnen noch heutiges Tages den Gebrauch des Mosaischen Rechts mit Inbegriff der in ihrem Talmud enthaltenen nähern Bestimmungen und Erklärungen dieser Gesetze. Dieses ist eine nothwendige Folge der Duldung, und der damit verknüpften Gewissensfreyheit. Allein in ihren bürgerlichen Angelegenheiten, z. B. in Vormundschaften, Verträgen u. dgl. sind der Regel nach die in Teutschland befindlichen Juden sowohl überhaupt nach den gemeinen einheimischen und fremden Rechten, als insbesondere nach den Gesetzen des Landes, wo sie aufgenommen sind, sich zu richten schuldig, sie mögen nun mit einem Christen, oder unter sich zu thun haben [95]). Ihre Verbindlichkeit, sich nach dem römischen Rechte zu richten, ist schon durch das bekannte Gesetz der Kaiser Arcadius und Honorius entschieden [96]); und zum Ueberfluß hat man ihnen in einigen Landesgesetzen zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß sie die Landesrechte beobachten müssen [97]). Indessen leidet diese

95) S. ZIEGLER Diss. de iuribus Iudaeorum. Cap. I. §. 7. BOEHMER ius eccles. Protestant. T. IV. Lib. V. Tit. VI. §. 57. sqq. *Chr. Hartm. Sam.* GATZERT Tr. de iuribus Iudaeorum eorumque obligationibus praecipue parochialibus. (*Giessae* 1771.) §. 7. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts. 1. Th. S. 76. ff. und Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristi. Abhandlungen. 1. B. S. 106. ff.

96) *L.* 8. *Cod. de Iudaeis.*

97) Z. B. in Marggrafen Christian Ernsts von Bayreuth Policeyordnung Tit. 35. und in der revidirten Policeyordnung Marggrafen Friedrichs vom 1. Sept. 1746. Tit. 37. §. 2. (in *Corp. Constit. Brand. Culmb.* II. Th. I. B. S. 674. u. 774.) Man sehe ferner die Königl. Preuß. Verordnung vom 4. Oct. 1696. in *Corp. Constitut. Marchicar.* Th. I. Abth. II. Nr. 63. S. 125.

dieſe Regel ihre Ausnahme 1) in ſolchen Staaten, wo die Regenten ihren Juden verwilliget haben, daß die Privatgeſchäfte und Streitigkeiten, welche ſie unter ſich haben, vorzüglich aus den Moſaiſchen und ihren eigenen jüdiſchen Rechten und Gewohnheiten entſchieden werden ſollen [98]). In dieſem Falle gelten die Landes- und gemeinen Rechte nur als ſubſidiariſche Entſcheidungsquellen, dafern nicht von ſolchen Geſetzen die Rede iſt, welche, um des gemeinen Beſten willen, allen Unterthanen, ohne Ausnahme, etwas gebieten oder verbieten. Sodann verſtehet es ſich auch, 2) daß wenn von ſolchen Gegenſtänden des bürgerlichen Rechts die Rede iſt, welche mit der den geduldeten Juden überhaupt geſtatteten Glaubens- und Gewiſſensfreyheit in Verbindung ſtehen, in ſolchen billig nach keinen andern, als nach den eigenen jüdiſchen Rechtsgrundſätzen geurtheilt werden könne [99]). Dahin gehören unter andern Eheſachen, und Succeſſionsfälle, wo ihre Einrichtungen oft von den Vorſchriften der gemeinen Rechte abweichen, zu deren heiligen Beobachtung die Juden ſich in ihrem Gewiſſen verbunden zu ſeyn glauben [100]).

§. 24.

S. 125. Deßgleichen das Ausſchreiben der Königl. und Churfürſtl. Hannöverſchen Regierung von 1738. in *Corp. Conſtitut. Calemberg.* T. III. p. 438.

98) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de officio et poteſtate Rabbini provincialis in terris Brunſuico-Lüneburgicis. *Goettingae* 1751 §. IV.

99) Rundens Grundſätze des allgemeinen teutſchen Privatrechts §. 644. THIEL Principia iurisprudentiae iudaicae per Germaniam communis §. 30. 31. et 34.

100) BECK Tr. de iuribus Iudaeorum Cap. IV. §. 4. und Hrn. Hofr. Geigers Abhandlung, ob ein Rabbiner das Recht habe,

§. 24.

Von der gesetzgebenden Gewalt in Teutschland.

Dem göttlichen Positivrechte wird das menschliche entgegen gesetzt, welches diejenigen Gesetze in sich begreift, die in den erklärten Willen menschlicher Gesetzgeber ihren Grund haben. Dieses ist daher nach Verschiedenheit der Gesetzgeber sehr verschieden. Wir schränken uns hier blos auf Teutschland ein. Da nun das teutsche Reich nach seiner besondern Verfassung, theils im Ganzen, als ein Staatskörper, theils nach seinen einzelnen Theilen betrachtet werden kann, deren jeder für sich zwar einen besondern Staat ausmacht, und seine eigne der Majestät des Reichs untergeordnete Landeshoheit hat, aber doch mit dem ganzen Reiche im genauesten Verhältnisse stehet, so sind nun auch die einheimischen Gesetze Teutschlands von zweyerley Art, teutsche Reichsgesetze oder teutsche Landesgesetze. In Absicht auf das ganze teutsche Reich stehet zwar dem Kayser die gesetzgebende Gewalt zu, jedoch kann er für sich und aus eigener Macht keine Gesetze geben, welche durch das ganze teutsche Reich gelten sollen, sondern dazu ist die Einwilligung der Reichsstände erforderlich. Die gesetzgebende Gewalt des Kaysers gehört also zu den gemeinschaftlichen kayserlichen Rechten, bey deren Ausübung gleich Anfangs, als Teutschland durch die Verdüner Theilung 843. ein eignes Reich ward, der Consens der Reichsstände

habe, Vormünder zu bestellen, Inventuren und Theilungen vorzunehmen, und über Erbschaftsstreitigkeiten zu erkennen? §. 1. in den merkwürdigen Rechtsfällen und Abhandlungen. 2. Th. Nr. XXIX. S. 183. f.

ſtände erfordert worden iſt [1]). Daß alle Stände in das zu gebende neue Reichsgeſetz einwilligen müßten, iſt nicht nothwendig, vielmehr iſt ſchon in Abſicht auf die nicht erſcheinenden Stände durch den Freyburger Reichsabſchied von 1498. §. 59. verordnet, und durch die Reichsabſchiede von 1541. §. 66. und 67. und von 1542. §. 121. wiederholet worden, daß die erſcheinenden Stände, es mögen ihrer viele oder wenige ſeyn, Gewalt haben ſollen, über alles dasjenige, weshalb der Reichstag ausgeſchrieben worden, zu rathſchlagen und zu beſchlieſſen, und was auf ſolche Art beſchloſſen worden, auch die Abweſenden binden ſolle, als ob ſie gegenwärtig geweſen wären [2]). Jedoch giebt es Ausnahmen von dieſer Regel, wo diejenigen Stände, welche nicht mit eingewilliget haben, an die mehreren Stimmen nicht gebunden ſind. Dieſe Fälle ſind im Osnabrükiſchen Frieden *Art. V.* §. 2. beſtimmt. Es giebt auch Fälle, wo der Kaiſer oder gewiſſe Stände für ſich etwas thun können, ſo daß gleichwohl das ganze Reich ſich darnach richten muß, wovon im teutſchen Staatsrecht gehandelt wird [3]). In den einzelnen teutſchen Reichslanden ſtehet einem jeden Landesherrn das Recht zu, Geſetze zu geben, und zwar iſt dieſes ein eigenes Recht der Landeshoheit, zu deſſen Ausübung weder eine Conceſſion noch

1) Häberlins Auszug der allgemeinen Welthiſtorie. 1. Band S. 335. 8. B. S. 444. 10. B. S. 181.

2) S. neue Sammlung der Reichsabſchiede Th. 2. S. 52.

3) Man vergleiche Carl Friedr. Gerſtlachers Corpus iuris germanici publici et privati. 1. Band von Reichsgeſetzen und Reichsordnungen. (Frankf. 1786.) 1. Kap. S. 15. u. folg.

noch Bestättigung des Kayſers erfordert wird. Ob aber unſere teutſche Landesherrn nicht wenigſtens die Einwilligung der Landſtände nöthig haben, wenn ſie Geſetze geben wollen, iſt eine Frage, bey deren Beantwortung die Meinungen der Staatsrechtsgelehrten getheilt ſind, indem Einige die Concurrenz der Landſtände bey Ausübung der geſetzgebenden Gewalt für ſchlechterdings gegründet; Andere aber dieſelbe nur in denjenigen Fällen für nöthig halten, wo ausdrückliche Landesgrundgeſetze, oder die Analogie der Landesverfaſſung dieſe Einwilligung der Landſtände erfordern. Die erſtere Meinung ſucht **Reinharth** [4]) zu vertheidigen; die letztere aber behauptet **Hellfeld**, und hierin ſtimmen die meiſten Publiciſten überein. Ich glaube, daß die letztere Meinung allerdings gegründeter iſt. Denn iſt gleich nicht zu läugnen, daß nach der uralten gleich beym Aufkommen der Landeshoheit eingeführten Verfaſſung der teutſchen Territorien die Landſtände groſſen Antheil an dem Rechte, Geſetze zu geben, gehabt haben [5]); ſo iſt doch auch gewiß genug, daß die Verfaſſung von vielen Landen heut zu Tage unleugbar nicht mehr diejenige ſey, welche ſie vor Alters geweſen, und daß der Landesherr heutiges Tages vermöge neuerer Landesgrundgeſetze und des heutigen Herkommens in der Landesregierung überhaupt freyere Hände habe. Daher kommt die heutige groſſe Verſchiedenheit der teutſchen Territorien in Anſehung der landſtändiſchen Gerechtſame; ja es giebt Lande, in welchen ſich die Landſtände vermöge der notoriſchen Landesverfaſſung nur noch einen kleinen Reſt der ihnen ehe-

4) in ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum. Vol. I. Obſ. 13.

5) Vergleiche **Struben** im gründlichen Unterricht von Regierungs- und Juſtizſachen. Sect. II. §. VIII. not. b. S. 27. u. folg.

ehemals zugehörigen Rechte erhalten haben. Hieraus folgt, daß ſich bey ſtreitiger Concurrenz der Landſtände in Anſehung der Geſetzgebung keine allgemeine Vermuthung weder für den Landesherrn, noch für die Landſtände behaupten laſſe, ſondern hierin alles auf die Verfaſſung eines jeden einzelnen Landes ankomme [6]). Noch müſſen wir hier nach Anleitung unſers Verfaſſers die ſo ſehr beſtrittene Frage erörtern, ob die Reichsſtände wider die gemeinen Reichsgeſetze in ihren Landen neue Ordnungen und Landesgeſetze einführen, und dadurch jene aufheben oder abändern können? [7]) Auch hierin ſind die Meinungen der Publiciſten ſehr verſchieden. Wir gehen den ſicherſten Weg, wenn wir einen Unterſchied machen zwiſchen denjenigen Reichsgeſetzen, welche die Staatsverfaſſung des teutſchen Reichs überhaupt, als ein Staatskörper betrachtet, oder die Verfaſſung der einzelnen Reichslande zum Gegenſtande haben, und folglich ſogenannte Reichsgrundgeſetze ſind; und ſolchen Reichs-

6) Schnaubert's Beyträge zum teutſchen Staats- und Kirchenrecht. I. Theil. N. X. S. 96. u. folg.

7) Ueber dieſe Frage haben auſſer dem angeführten THOMASIUS noch folgende geſchrieben: SILBERRAD ſ. reſp. SCHEID in Diſſ. de poteſtate ſtatuum Imperii leges in territorio ferendi receſſibus Imperii contrarias. *Argentorati* 1756. Schnaubert kann ein Landesherr wider das gemeine Recht in Deutſchland Landesgeſetze machen? in Deſſelben Beyträgen I. Th. N. III. Moſer von Reichstagsgeſchäften S. 273. Derſelbe von der Landeshoheit in Regierungsſachen. 4. Kap. §. 48. 49. — von der teutſchen Juſtizverfaſſung. 1. Th. S. 1160. Carl Friedr. Gerſtlacher in corpore iuris germanici publici et privati. 1. Band 1. Kap. S. 33. u. folg.

Reichsgesetzen, welche blos Privatsachen Reichsständischer Unterthanen zum Gegenstande haben, und daher Reichsprivatgesetze genennt werden. Reichsgesetze der erstern Art können einzelne Reichsstände durch ihre Landesgesetze nicht abändern; denn einmal ist hier der Wille des Kaisers und Reichs durchaus und schlechterdings gebietend; sodann aber würde auch durch die Abänderung solcher Reichsgrundgesetze immer ein ungerechter Eingriff in die besondern Rechte entweder des Kaisers oder der Stände des Reichs geschehen. Soviel hiernächst die Reichsprivatgesetze anbetrifft, so kommt es in Ansehung derselben zuförderst darauf an, ob ihnen die salvatorische Clausel beygefügt worden ist, oder nicht. Ist das erste, so ist keinem Zweifel unterworfen, daß jedem teutschen Landesherrn die Befugniß zustehe, solchen Reichsgesetzen durch Landesgesetze zu derogiren; denn dies bringt die Natur der salvatorischen Clausel mit sich. Hierdurch werden nicht allein zur Zeit des Reichsgesetzes vorhandene, sondern auch noch nachfolgende Gewohnheiten und Landesverordnungen, ob sie gleich dem Reichsgesetze widersprechen, selbst vom Reiche genehmiget. Beyspiele liefern uns K. Carls V. Peinl. Gerichtsordnung in der Vorrede, und der jüngste Reichsabschied §. 171. und 176. In dem letztern Falle hingegen, wenn nämlich ein Reichsprivatgesetz diese Vorbehaltungsclausel nicht enthält, so ist wieder unter den Reichsgesetzen selbst ein Unterschied zu machen. Sie sind nämlich entweder solche, welche das Reich des gemeinen Bestens wegen, als schlechterdings verbindliche Verordnungen dergestalt vorgeschrieben hat, daß sie durchaus in allen einzelnen Reichslanden befolgt werden sollen; (*leges Imperii absolute praeceptivae aut prohibitivae*) oder solche, die zwar wohl als allgemeine Verordnungen in

Teutsch-

Teutschland promulgiret sind, deren Befolgung aber doch das Reich nicht so durchaus und schlechterdings fordert, sondern welche nur in subsidium, wenn andere verbindliche Verordnungen ermangeln, zur Richtschnur dienen sollen (*leges Imperii hypotheticae*). Ob ein Reichsgesetz zu dieser oder jener Gattung gehört, muß theils aus dem ausdrücklichen Inhalte des Gesetzes selbst, theils aus dem stillschweigenden und vermutheten Willen des Reichs bestimmt werden. Der stillschweigende Wille des Reichs ist vorhanden, wenn die Absicht des Gesetzgebers, und das durch das Gesetz zu bewirkende Wohl von Teutschland nicht anders erhalten werden kann, als wenn das Gesetz durchaus und schlechterdings in allen einzelnen Reichslanden befolgt wird. Dieses zum voraus gesetzt, so ist nun zu bemerken, daß kein teutscher Landesherr die Macht habe, gegen solche Reichsprivatgesetze etwas zu verordnen, deren allgemeine und genaue Beobachtung das dadurch zu bewirkende Wohl Teutschlands nothwendig macht. Wie würde z. E. der heilsame Zweck des Reichsschlusses von 1731. wegen Abstellung der Handwerksmisbräuche erreicht werden, wenn solcher nur an einigen Orten beobachtet würde, an andern nicht? Es gestattet auch weder die Unterwürfigkeit der teutschen Landesherrn und ihrer Territorien gegen die Majestät des Reichs, sich von der Verbindlichkeit solcher Reichsgesetze loszumachen, noch kann die Abänderung oder Aufhebung derselben durch entgegengesetzte Landesordnungen mit der Einheit des teutschen Staats bestehen. Ganz anders hingegen verhält sich die Sache mit den hypothetischen Reichsprivatgesetzen, denn in Ansehung dieser kann die Befugniß der Reichsstände, denselben durch besondere Landesgesetze zu derogiren, darum nicht bezweifelt werden, weil, wenn gleich

ein teutscher Landesherr dem Kaiser und Reich unterthänig ist, und nur eine von daher abhängige Hoheit besitzet, dennoch derselbe nichts destoweniger zugleich auch selbst Regent in seinem Lande ist, und darin die oberaufsehende und gesetzgebliche Gewalt zum Wohl desselben hat. Hierzu kommt, daß die Lage, Beschaffenheit und Umstände der einzelnen Reichslande so mannichfaltig sind, daß viele Reichsgesetze nicht für jedes Land sich schicken, in Ansehung derer es demnach gegen den zuverläßigen Willen des Reichs seyn würde, ein Reichsgesetz zum Nachtheil des Landes darinn zu beobachten. Vielmehr ist es in solchen Fällen dem Willen des Reichs allerdings für gemäß zu halten, daß der Landesherr, der die beste Kenntniß von der Beschaffenheit seines Landes hat, und dem zunächst das Wohl desselben am Herzen liegt, das Reichsgesetz in seinem Lande näher bestimmen, oder erforderlichen Falls gar abändern könne. Daß gegen die gemeinen fremden Rechte der Landesherr in seinem Lande Gesetze promulgiren könne, hat um so weniger Zweifel, da dieselben blos subsidiarische Rechte sind, die ohnehin den vorhandenen teutschen Gesetzen weichen müssen [8]).

Da übrigens die gesetzgebende Gewalt in den Reichslanden ein eignes Recht der Landesherrn ist, so verstehet es sich von selbst, daß den Justizcollegien, Regierungen und Stadtmagistraten in den Landesstädten kein Recht, Gesetze zu geben, zustehe, wenn ihnen der Landesherr solches nicht besonders verliehen hat [9]).

§. 25.

8) Schnaubert a. a. O. §. 2. und Hofacker in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 129.

9) Strubens Unterricht von Regierungs- und Justizsachen Sect. II. §. VIII. u. b. S. 27.

§. 25.

Eintheilung der Verbindlichkeit in die natürliche, bürgerliche und vermiſchte.

Nachdem wir bisher von den verſchiedenen Gattungen der Geſetze, beſonders von den beyden Hauptarten derſelben, den natürlichen und poſitiven gehandelt haben, ſo kommen wir nun auf die daher entſtehende Eintheilung der Verbindlichkeit. Wenn nämlich die Frage iſt, in welchem Geſetze ſich eine Verbindlichkeit gründe? ſo laſſen ſich drey Fälle denken. Eine Verbindlichkeit iſt entweder blos in dem Rechte der Vernunft, oder ſie iſt lediglich im poſitiven bürgerlichen Rechte gegründet; oder ſie hat in beyderley Rechten, dem natürlichen ſowohl als dem bürgerlichen, ihren Grund. Im erſten Falle heißt ſie eine blos natürliche Verbindlichkeit; im zweyten eine blos bürgerliche, und im dritten eine vermiſchte Verbindlichkeit. Eine *obligatio mere naturalis* iſt z. B. die Verbindlichkeit einer Frauensperſon aus übernommener Bürgſchaft, denn ſie iſt nach dem Naturrecht, nicht aber nach den römiſchen Geſetzen, zu bezahlen verbunden. Eine *obligatio mere civilis* aber iſt z. B. die Verbindlichkeit eines Depoſitars zum doppelten Erſatz, wenn er ein Depoſitum miſerabile veruntreuet hat. Denn das Naturrecht kennt dieſe Verbindlichkeit nicht. Eine *obligatio mixta* endlich iſt z. B. die Verbindlichkeit des Käufers zur Bezahlung des bedungenen Kaufſchillings, und des Verkäufers zur Uebergabe. Wir bemerken von den ſogenannten vermiſchten Verbindlichkeiten noch folgende Wahrheiten:

1) daß eine Verbindlichkeit darum nicht aufhöre, eine natürliche zu seyn, weil sie im Civilrechte gleichfalls vorgeschrieben worden;

2) daß sie durch diese Wiederhohlung ihre innere Kraft und Wirkung nicht verliehre; daß folglich

3) derjenige, welcher sich auch sonst mit der Unwissenheit des bürgerlichen Rechts entschuldigen kann, in Ansehung solcher gesetzlicher Vorschriften, die schon natürlichen Rechtens sind, sich darauf nicht berufen könne [10]); daß endlich

4) die natürliche Verbindlichkeit an sich mit ihrer Wirkung fortdauernd bleibe, wenn gleich die gerichtliche Klagbarkeit derselben durch Verjährung erloschen ist. Daher kann z. B. das Pfandrecht fortdauern, wenn gleich die wegen der Hauptschuld dem Gläubiger zustehende Klage präscribirt ist, weil dadurch die natürliche Verbindlichkeit nicht aufgehoben wird [11]); Wahrheiten, die eben so einleuchtend als practisch sind, und daher keines weitern Beweises bedürfen [12]).

§. 26.

10) *Io.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. 6. §. 1.

11) *L.* 2. *C. de init. pignor.* Man sehe über dieses Gesetz AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. XII. n. 17. sqq. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 104. ff.

12) Weber im angeführten Buche §. 4. S. 9. u. f. Ebendesselben Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts. §. 10. 11. und 12.

§. 26.

Wirkungen und Verhältnis der natürlichen Verbindlichkeit in foro civili. Begriff der natürlichen Verbindlichkeit im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts. Was iſt Billigkeit?

Man pflegt gewöhnlich die blos natürlichen Verbindlichkeiten, um deren Verhältniß und Wirkungen in den bürgerlichen Gerichten beſtimmen zu können, auf zwey Hauptclaſſen zu reduciren, indem man ſie in ſolche eintheilt, welche durch die bürgerlichen Geſetze gänzlich aufgehoben und verworfen, — und ſolche, die zwar nicht beſtätiget, aber doch auch nicht ganz aufgehoben und vernichtet ſind. Erſtere nennt man *obligationes naturales plane deſtructas* ſive *reprobatas*, letztere hingegen *obligationes naturales haud reprobatas*. Jene, ſagt man, haben in Gerichten ſchlechterdings gar keinen Effect, ſo daß auch die etwa geſchehene Erfüllung derſelben ſogar zurückgefordert werden könne. Letztere hingegen wären in Anſehung der gerichtlichen Wirkung nur eingeſchränkt, und zwar dahin, daß wegen ſolcher Verbindlichkeiten nur keine Klage erhoben werden könne, ſonſt aber doch alle andere Wirkungen ſtatt fänden. Man könne eine Einrede gegen die etwa nach dem ſtrengen Recht dem Gläubiger zuſtehende Klage daraus hernehmen, das Innebehaltungsrecht ausüben, die Kompenſation vorſchützen, es habe ferner in Anſehung ſolcher Verbindlichkeiten ein Conſtitutum, eine Novation, ein Pfandrecht und Bürgſchaft ſtatt [13]). Man fügt weiter hinzu, der unterſcheidende Character, woran man erkenne,

13) *L.* 7. §. 4. *D. de pact. L.* 6. *D. de compenſat. L.* 1. §. 7. *D. de conſtit. pec. L.* 1. §. 1. *D. novat. L.* 5. 11. 14. *D. de pignor.* §. 1. *I. de fideiuſſor.*

kenne, ob eine nicht bestätigte natürliche Verbindlichkeit in die eine oder in die andere Classe zu rechnen, sey lediglich darinn zu setzen, ob die Civilgesetze gestatten, daß die geschehene Zahlung wieder zurückgefordert werden dürfe, oder nicht? [14]) So ist die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, welche nicht nur Hellfeld in diesem §. unabgeändert vorträgt, sondern die wir auch eben so schon vom Accursius an in allen Systemen und Compendien des bürgerlichen Rechts antreffen. Allein daß diese gemeine Vorstellungsart nicht nur mangelhaft, sondern auch offenbar unrichtig sey, hat neuerlich einer unserer besten Civilisten [15]) überzeugend dargethan.

Mangelhaft ist sie, weil nach dieser gewöhnlichen Lehre durchaus nicht abzusehen ist, unter welche Classe man die Liebespflichten bringen soll. Zwar will man sie unter diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten mit rangiren, denen das bürgerliche Recht die gerichtliche Wirkung entzogen hat [16]), allein eben dadurch erhält jene Theorie ein noch mislicheres Ansehen. Denn ist gleich nicht zu läugnen, daß die Erfüllung derselben nicht vermittelst einer Klage gefor-

14) *L.* 10. *D. de obligat. et action. L.* 19. *D. de condict. indeb.*

15) Herr Prof. Weber in seinem classischen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit, und deren gerichtlichen Würkung I. Abschn. §. 42. und folg. S. 128. ff.

16) Man findet eine solche Klassification unter andern beym *Io. Ortw.* WESTENBERG in Dissertationib. de causis obligationum Diss. I. Cap. IV. §. 9. ingleichen beym HAHN ad Wesenbecium *Tit. de obligationib. et action.* N. V.

gefordert werden könne, ſo liegt doch der Grund hiervon keineswegs in einer Verordnung des Civilrechts, ſondern in der Natur und Weſen dieſer Pflichten ſelbſt. Denn da ſie an ſich auch in auſſergeſellſchaftlichem Zuſtande mit Gewalt nicht erzwungen werden können: ſo läſſet ſich ohne Widerſpruch nicht behaupten, daß die Civilgeſetze ihnen eine Wirkung entzogen hätten, welche ſie doch ihrer Natur nach nicht haben? Es liegt alſo ganz offenbar vor Augen, daß ſie in den Syſtemen und Lehrbüchern des bürgerlichen Rechts am ganz unrechten Orte ſtehen, wenn ſie mit wirklichen Zwangspflichten, die nur durch beſondere Vorſchrift des Civilrechts ganz oder zum Theil unerzwingbar geworden ſind, eine Claſſe formiren.

Unzutreffend iſt ferner die gemeine Lehrart von der natürlichen Verbindlichkeit auch darum, weil, wenn man die ganze Summe der blos natürlichen Verbindlichkeiten, die nicht ausdrücklich in den Civilgeſetzen beſtätigt worden ſind, in Abſicht der gerichtlichen Wirkung nur auf zwey Claſſen reducirt, nämlich, daß ſie entweder durchaus ohne allen Effect, oder nur nicht klagbar, übrigens aber völlig wirkſam ſind, man hierdurch in die Verlegenheit geſetzet wird, allen natürlichen Zwangspflichten, wovon die bürgerlichen Geſetze ſchweigen, den effectum agendi zu verſagen, welches aber gegen die geſunde Vernunft, gegen den Geiſt des römiſchen und kanoniſchen Rechts, ja gegen den heutigen Gerichtsgebrauch ſelbſt offenbar ſtreitet, wie in der Folge gezeigt werden ſoll [17]).

17) Daß dieſe irrige Meinung wirklich in den Syſtemen und Commentaren der trefflichſten Juriſten herrſcht, will ich nur durch ein paar Beyſpiele erweiſen. So ſchreibt *Io. God.* SCHAUM-

Irrig aber ist die gemeine Theorie aus mehr als einer Ursache. Denn erstlich ist es ein offenbarer Irrthum, wenn die natürliche Verbindlichkeit, deren gerichtliche Wirkung durch die Civilgesetze nur zum Theil eingeschränkt worden, blos dahin bestimmt wird, daß die Gesetze deshalb keine Klage, wohl aber die übrigen Wirkungen zuliessen; indem uns theils die Gesetze selbst Fälle genug darstellen, wo bey einer solchen in Ansehung des gerichtlichen Effects eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeit dennoch das Recht zu klagen nicht gänzlich wegfällt, sondern nur limitirt ist [18]); theils aber auch, wenn man sich das ganze Resultat der gerichtlichen Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit gedenkt, sehr leicht einzusehen ist, daß die Einschränkung derselben auf weit mehr als eine Art geschehen könne, so wie denn in der Folge diese verschiedene Arten aus den Gesetzen selbst erwiesen werden sollen. Zweytens ist es irrig, wenn man in den Fällen einer sogenamten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die Zurückforderung desjenigen, was vermöge derselben ist gegeben worden, ohne Unterschied zu-

SCHAUMBURG in Compendio iuris Digestor. Lib. XLIV. Tit. 7. §. 3. Sigillatim vero, ut *obligatio* in foro *efficax* sit, et *actionem* producat, *lex civilis illi assistat*, requiritur. Quod ita necessarium est, ut sola *naturalis* obligatio, *licet perfecta sit*, externe *actionem* non producat. So auch *Io.* VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. *Tit. de obligat. et action.* §. 3. Obligatio *naturalis* tantum est, quae solo nititur aequitatis naturalis vinculo, nullam quidem efficacem *iure civili* producens *actionem* ad persequendum id, quod ita debitum; sed tamen exceptionem patiens, ac soluti retentionem. Et haec ita, *si vel obligatio naturalis plena sit.*

18) Vergleiche *L.* 5. *pr. D. de auct. tutor. L.* 16-24. *D. de re iudicata.*

zulaſſen, und hierin den unterſcheidenden Character zwiſchen einer nicht beſtätigten und einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit ſetzen will; da die Fälle doch bekannt genug ſind, wo ſelbſt die bürgerlichen Geſetze die Zurückforderung des einmahl Gegebenen nicht verſtatten. So z. B. gehört die Verbindlichkeit aus der Bürgſchaft einer Frauensperſon offenbar zu den ſogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeiten, und doch ſteht einer Frauensperſon, welche wuſte, daß ſie nicht aus der Bürgſchaft gehalten ſey, und dennoch bezahlete, die Zurückforderung nach den Geſetzen nicht zu [19]). So leuchtet alſo das Mangelhafte, Unbeſtimmte und Irrige des gemeinen Lehrbegriffs allenthalben hervor.

Richtiger wird die Sache auf folgende Art vorzuſtellen ſeyn. Daß natürliche Verbindlichkeiten zwar auch im bürgerlichen Zuſtande vorhanden und fortdaurend ſind, doch aber durch die bürgerlichen Geſetze mancherley Modificationen erhalten können, iſt ſchon oben (§. 17. u. 18.) dargethan worden. Hieraus folgt,

Erſtlich: daß eine jede natürliche Zwangspflicht auch in den bürgerlichen Gerichten den völligen Effect habe, und in der Regel durch Klagen und Einreden geltend gemacht werden könne, ſo weit ihr dieſe Wirkung durch die bürgerlichen Geſetze nicht ausdrücklich genommen iſt;

Zweytens: daß, wenn auch dergleichen Einſchränkungen wirklich vorhanden ſind, dieſe dennoch, als Ausnahmen von der Regel, auf das ſtrengſte erkläret werden müſſen, mithin die natürliche Verbindlichkeit in Anſehung des

19) Weber im angef. Buch 2. Abth. §. 76. hat noch mehrere Beyſpiele hiervon.

des gerichtlichen Effects doch nur soviel verliehre, als das positive Recht derselben nahmentlich entzogen hat; und also diejenigen Wirkungen, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich aufgehoben sind, allerdings auch in foro civili fortdaurend ihr verbleiben;

Drittens: daß eine natürliche Zwangspflicht der Bestätigung des bürgerlichen Gesetzgebers nicht bedürfe, folglich allerdings auch alsdenn in den bürgerlichen Gerichten klagbar sey, wenn sie auch gleich in den Civilgesetzen nicht wiederholt bestätiget worden; endlich

Viertens: was an sich nur Liebespflicht ist, auch in foro civili nicht mehr Kraft habe, mithin in Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit nie gefordert werden könne; es wäre denn, daß durch Vorschrift des bürgerlichen Rechts das Gegentheil verordnet worden. (§. 3. S. 33. u. folgg.)

Dieses vorausgeschickt, so reducirt sich nun das Verhältnis der blos natürlichen Verbindlichkeiten, d. i. derjenigen, welche in den Civilgesetzen nicht ausdrücklich bestätiget worden sind, in Absicht der gerichtlichen Wirkung, eigentlich auf drey Fälle. Sie sind entweder durch die bürgerlichen Gesetze ganz aufgehoben und destruirt, oder der gerichtlichen Wirkung nach nur eingeschränkt; oder sie sind weder reprobirt, noch eingeschränkt worden, sondern solche, deren die positiven Gesetze nicht erwähnen. Wir wollen von der letztern Art natürlicher Verbindlichkeiten und ihrer gerichtlichen Wirkung zuerst handeln. Daß diese entweder Liebes- oder Zwangspflichten seyn können, ist bekannt; und daß beyde auch im bürgerlichen Zustande diejenige Wirkung haben, die sie ausser diesem Zustande gehabt haben würden, ist schon vorhin bemerket wor-

worden; ich ſetze nämlich voraus, daß die bürgerlichen Geſetze ein anders nicht verordnet haben. Sovil demnach zuerſt die Liebespflichten und deren Verhältniß im bürgerlichen Zuſtande anbetrift; ſo können ſelbige nun, wie bereits oben gezeigt worden, keinesweges unter diejenigen natürlichen Verbindlichkeiten claſſificirt werden, die der gerichtlichen Wirkung nach eingeſchränkt ſind, ſondern ſie gehören zu der von uns angegebenen dritten Claſſe der blos natürlichen Verbindlichkeiten; und wenn ſie gleich in den Gerichten als erzwingbare Schuldigkeit nie gefordert werden können; ſo laſſen dennoch die Geſetze, wenn die Erfüllung einer ſolchen Liebespflicht einmahl geſchehen, keine Zurückforderung zu, geſetzt auch, daß ein Irrthum dabey zum Grunde liegen ſollte [20]). Der Grund hiervon, welchen die Geſetze ſelbſt mit ausdrücklichen Worten angegeben, iſt kein anderer, als weil derjenige, welcher in der Abſicht, eine Liebespflicht auszuüben, etwas gegeben hat, nach rechtlicher Vermuthung das Gegebene hat ſchenken wollen. Was nun hingegen die in den bürgerlichen Geſetzen nicht ausdrücklich beſtätigten natürlichen Zwangspflichten anbelangt, ſo iſt zwar die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, daß eine natürliche Zwangspflicht an ſich in foro civili nicht klagbar ſey, wenn ſie nicht durch ausdrückliche Vorſchriften der Civilgeſetze zu dieſer Wirkung ſanctioniret worden iſt, allein, daß die Sache ſich gerade umgekehrt verhalte, und vielmehr alle natürliche Zwangspflichten auch in den bürgerlichen Gerichten

20) *L.* 65. §. 2. *D. de condict. indeb.* Id quoque, quod ob cauſam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non ſit factum, *quia donare volui*, quamvis falſo mihi perſuaſerim, repeti non poſſe. Man vergleiche auch hierbey *Sam. de* COCCEII in iure controverſo Lib. XII. Tit. 6. Q. 5.

ten völlig wirksam seyn, sofern nicht durch die Civilgesetze namentlich eine Einschränkung geschehen, folglich jene gemeine Lehrart ganz irrig, ja der gesunden Vernunft, dem Sinne des römischen und kanonischen Rechts, auch der heutigen Gerichtspraxis offenbar zuwider sey, ist leicht zu erweisen. Denn da einmahl im bürgerlichen Zustande niemand sich eigenmächtigerweise Recht verschaffen darf, sondern die Mitglieder des gemeinen Wesens angewiesen sind, ihre Rechte durch richterliche Hülfe geltend zu machen; so müssen ja auch nothwendig die Gerichte ihrer Seits verbunden seyn, einem Jeden zur Erlangung seines vollkommenen Rechts zu verhelfen. Da nun dergleichen Zwangsrechte und Verbindlichkeiten an sich allerdings auch ohne alle Vorschrift der positiven Gesetze statt finden können; so ist nicht abzusehen, wie der Richter eine aus dem natürlichen Zwangsrechte erhobene Klage blos darum verwerffen könne, weil das Civilrecht derselben nicht gedenkt [21]). Mit diesen allgemeinen Vernunftgründen stimmen aber auch zweytens die in Teutschland geltenden positiven Rechte überein. Zwar ist nicht zu läugnen, daß in dem römischen Gesetzbuche verschiedene Aeusserungen enthalten sind, und manche Stellen vorkommen, welche der gemeinen Theorie das Wort zu reden scheinen; allein dieses darf uns gar nicht wundern, wenn wir bedenken, daß nach der Beschaffenheit der ältern römischen Rechtsgelahrtheit

21) Eben so urtheilen ausser den oben angeführten Hr. Prof. Weber §. 44. S. 136. auch *Io. Balth.* WERNHER in Diss. de auctoritate iuris civ. circa obligationes naturales. Viteb. 1701. NETTELBLADT in System. elem. Iurispr. posit. Germ. comm. general. §. 281. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. I. S. 87. n. 4.

heit und der Gerichtsverfaſſung faſt alles auf Formeln und wörtliche Solemnitäten ankam, und daß nach dieſer Anlage manche im natürlichen Zwangsrechte beſtgegründete Verbindlichkeit dennoch in foro Romano darum kein Gehör fand, weil für das Factum, woraus dieſe Verbindlichkeit entſprungen, noch keine Klagformel erfunden war. Man erinnere ſich hierbey an den Handel des röm. Ritters C. Canius mit dem Pythius, den uns Cicero [22]) ſo unterhaltend erzählt; es war evident, daß Canius war hintergangen worden; ſed quid faceret? ſagt Cicero, *nondum enim* AQUILIUS *protulerat de dolo malo formulas.* Allein ſeitdem die röm. Prätoren in ihren Edicten das alte formuliariſche und ſtrenge römiſche Recht auf billigere und dem Naturrecht mehr angemeſſene Grundſätze reducirt haben, und die römiſchen Juriſten ihnen in ihren Commentaren über das Edict auf dieſem Wege nachgefolget ſind, ſo herrſcht eine ganz andere Sprache in den römiſchen Geſetzen. Nun wird überall der Richter mehr auf Naturrecht und natürliche Billigkeit, als auf den Buchſtaben der bürgerlichen Geſetze verwieſen. Placuit, ſo ſprechen die Kaiſer CONSTANTINUS und LICINIUS in der *L.* 8. *Cod. de iudiciis*, in omnibus rebus praecipuam eſſe iuſtitiae *aequitatisque*, quam *ſtricti iuris* rationem; und an einem andern Orte *L.* 7. *pr. D. de in int. reſtitut.* reſcribirt *Divus* ANTONINUS: Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolemnibus: tamen, *ubi aequitas evidens poſcit*, ſubveniendum eſt. Wie deutlich iſt nicht ferner die Vorſchrift, welche dem Richter in der *L.* 4. §. 1. *D. de eo quod certo loco* bey Gelegenheit gegeben wird: In Summa, *aequitatem* quoque ante oculos habere debet

22) de officiis Lib. III. c. 14.

bet iudex. Noch eins. War nicht gerade zu diesem Endzweck die sogenannte *actio in factum* ganz vorzüglich eingeführt, daß sie das allgemeine Rechtsmittel seyn sollte, natürliche Verbindlichkeiten, deren das bürgerliche Recht nicht gedenket, in foro civili geltend zu machen? [23]) Wer hieran zweifelt, lese nur, was Papinian sagt in der *L.* 1. *D. de praescr. verb.* Nonnunquam euenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possimus, facile descendamus ad eas, quae *in factum* appellantur; und Pompon erkennt bey dem Mangel der in den bürgerlichen Gesetzen selbst bestimmten Klagen die Nothwendigkeit der actionum in factum in folgenden Worten der *L.* 11. *D. eodem:* Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque *actiones in factum* desiderantur. Eben dieses bestärkt auch Justinian selbst im §. *ult. I. de lege Aquilia* durch folgendes Beyspiel: Cum non sufficiat neque directa neque utilis legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri. Der Grund hiervon ist kein anderer, als welchen Paulus an einem andern Orte *L.* 2. §. 5. *D. de aqua et aquae pluviae* mit folgenden Worten anführt: *hoc aequitas suggerit,* etsi iure deficiamur [24]). Wer nun bey so klar redenden Ge-

23) *Chr. Frid.* MEISTER Diss. de in factum actionibus Goettingae 1748. in Syllog. I. Opuscul. N. VII.

24) Mit Recht sagt daher J. L. Schmidt im praktischen Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden (Jena 1786.) §. 26. S. 24. Sonst bedeutet *actio in factum* diejenige Klage, welche weder aus den Worten noch aus dem Sinn der Gesetze, sondern aus der Billigkeit entspringt.

Geſetzen noch einen Augenblick daran zweifeln wollte, ob eine aus der bloßen natürlichen Billigkeit erhobene Klage nach dem römiſchen Rechte zuläſſig ſey, der müßte mit Vorſatz der Wahrheit widerſprechen wollen [25]). Noch viel wenigerem Zweifel aber iſt die Sache nach den kanoniſchen und heutigen teutſchen Rechten unterworffen. Denn ſo will das kanoniſche Recht, welches in proceßualiſchen Materien dem römiſchen Rechte vorzuziehen iſt, ausdrücklich, daß nicht mit Spitzfindigkeit unterſucht werden ſolle, was für eine Klage angeſtellet ſey, ſondern es ſoll nur darauf Rückſicht genommen werden, ob ein obligatoriſches und in der Wahrheit gegründetes Factum vorhanden ſey [26]). Die Teutſchen endlich haben nie eine feſtgeſetzte Anzahl der Klagen gehabt, ſagt einer unſerer berühmteſten heutigen Rechtsgelehrten [27]), ſondern die Verbindlichkeiten blos nach der natürlichen Billigkeit abgemeſſen. Nie aber iſt der römiſche Proceß, am wenigſten das Formularrecht, zur Anwendung gekommen. Die heutigen Rechtslehrer tragen daher mit Recht kein Bedenken, da aus der natürlichen Billigkeit Klagen zu verſtatten, wo die römiſchen Geſetze keine ein-

25) Noch mehrere Beweisſtellen hat Hr. Prof. Weber a. a. Ort §. 46. S. 146. geſammlet.

26) *Cap. 6. X. de iudiciis.* Die Worte dieſes *cap.* verdienen ſelbſt hier angeführt zu werden: *Prouideamus attentius, ne ita ſubtiliter, ſicut a multis fieri ſolet, cuiusmodi actio intentetur, inquiratis, ſed ſimpliciter et pure* FACTUM IPSUM, *et* REI VERITATEM *ſecundum formam canonum, et ſanctorum patrum inſtituta, inveſtigare curetis.*

27) Juſt. Claproth in der Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß 1. Th. §. 1. not. b. S. 3. u. f.

eingeführt haben [28]). Inzwischen dürfen auch hier die Grenzen nicht überschritten werden. Soll nämlich eine Klage in einem Falle, wo weder aus den Worten noch aus dem Sinne der Civilgesetze dergleichen entspringt, aus der bloßen natürlichen Billigkeit zugelassen werden, so wird hierbey vorausgesetzt, a) daß die Billigkeit nicht wider ein ausdrückliches und noch geltendes Gesetz streite; b) daß sie in einem unläugbaren Grundsatze des natürlichen Rechts beruhe; und c) ein Zwangsrecht zum Grunde habe.

Ich wende mich nun zu der Ausnahme von der Regel, oder zu denjenigen beyden Fällen, worauf man gewöhnlich das Verhältniß aller natürlichen Verbindlichkeiten, die in den Civilgesetzen nicht wiederholt bestätiget worden sind, in Ansehung der gerichtlichen Wirkung zu reduciren pflegt. Natürliche Verbindlichkeiten können nämlich im Staate entweder gänzlich reprobirt, und durch die positiven Gesetze schlechterdings aufgehoben, oder auch nur der gerichtlichen Wirkung nach eingeschränkt seyn. Im erstern Falle cessirt nicht nur alle gerichtliche Wirkung derselben, sondern es hört auch auf Seiten des Schuldners selbst die natürliche Zwangspflicht dergestalt auf, daß dasjenige, was vermöge einer solchen gänzlich destruirten Verbindlichkeit den-

28) So z. B. verstatten Huber in Praelect. ad Institut. tit. de Rer. divis. §. 40. und Heineccius in Elem iur. civ. sec. ord. Institut. §. 320. not. *) wider die *L.* 48. *D. de Rei Vind.* u. *L.* 33. *D. de condict. indeb.* heut zu Tage mit Recht die Klage aus der natürlichen Billigkeit (actionem in factum) demjenigen, welcher auf fremden Grund und Boden gebauet hat. Siehe auch Höpfner im Commentar über die Institut. §. 320. u. §. 1096 und folg.

dennoch aus Irrthum, ja zuweilen auch wiſſentlich gegeben oder gezahlet worden iſt, wieder zurückgefordert werden kann. Ehe wir jedoch hierüber weiter ins Detail gehen können, wird es nöthig ſeyn, diejenigen Fälle auseinander zu ſetzen, wo die natürliche Verbindlichkeit nach der Vorſchrift des Civilrechts gänzlich wegfällt. Hierher gehört einmahl, wenn die poſitiven Geſetze gewiſſe natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen aus beſondern Urſachen durchaus verbieten, und dergeſtalt für ungültig erklären, daß gleich Anfangs keine Verbindlichkeit daraus im Staate entſtehen kann. Die Gründe, wodurch bürgerliche Geſetzgeber veranlaſſet werden können, natürlich erlaubte Handlungen zu verbieten, und die daher entſtehenden mancherley Claſſen der verbietenden Poſitivgeſetze haben wir oben ſchon erörtert. (§. 14. S. 94.) Zweytens: wenn der bisherige gerichtliche Effect einer natürlichen Verbindlichkeit zur Strafe des Gläubigers wegen Uebertretung verbietender oder gebietender Geſetze dergeſtalt aufgehoben wird, daß die Geſetze dem Gläubiger nicht blos richterliche Hülfe verſagen, ſondern ihn ſeines ganzen Rechts an ſich verluſtig erklären. Dieß iſt zum Beyſpiel der Fall, wenn die Abtretung einer Schuldforderung, zum Nachtheil des Schuldners, an einen Mächtigern geſchehen [29]); oder wenn der Gläubiger, um ſeine Befriedigung zu erhalten, ſich der verbotenen Selbſthülfe bedient hat [30]). In beyden Fällen iſt nicht blos Verluſt der Klage, ſondern des ganzen Rechts an ſich zur Strafe geordnet, und daher fällt auch nothwendig die natürliche Zwangspflicht gänz-

29) *L.* 2. *C. ne liceat potentior.*

30) *L.* 13. *D. quod metus cauſa.*

sich weg. Denn ist es gewiß, daß die Gesetze gewisse Handlungen des Gläubigers mit dem ganzen Verluste seines Rechts bestrafen können, was nicht leicht jemand leugnen wird; so kann ja nicht füglich den Schuldner eine natürliche Verbindlichkeit treffen, wenn das bürgerliche Verhältnis macht, daß auf Seiten des Gläubigers gar kein Recht mehr vorhanden ist [31]). Fragt man nun, in wiefern in den Fällen einer reprobirten oder ganz aufgehobenen natürlichen Ver-

31) Diesem ist die *L.* 19. *pr. D. de condict. indeb.* keinesweges entgegen, wo es heißt: *Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est; naturalis obligatio manet.* Denn diese Stelle beziehet sich lediglich auf solche Verordnungen des Civilrechts, welche dem Gläubiger blos die Klage entziehen, und insofern den Schuldner befreyen; nicht aber auf solche Gesetze, wodurch der Gläubiger seines ganzen Rechts verlustig erkläret wird. Deutlicher wird dieses in der *L.* 9. §. 4. *D. ad Sctum Macedon.* auseinander gesetzt: Hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, *non quoniam exonerare eos lex voluit.* Es ist also in jedem einzelnen Falle die bürgerliche Disposition ihrem ganzen Inhalte nach genau zu prüfen, und hieraus zu bestimmen, ob dem Gläubiger das ganze Recht an sich abgesprochen, oder ihm nur gewisse Rechtsmittel versagt worden sind, in welchem leztern Falle die natürliche Verbindlichkeit in so weit fortdauert, als ihr die gerichtliche Wirkung nicht entzogen worden ist. Z. B. Wenn ein Vormund bey Uebernehmung der Vormundschaft seine Forderung an den Pupillen verschwiegen, so wollen ihn die Gesetze mit seiner Klage nicht weiter gehört wissen *Nov.* LXXII. *c.* 4. Da sie ihn also nicht mit dem Verlust seines ganzen Rechts bestrafen, so verstehet es sich von selbst, daß die natürliche Verbindlichkeit mit allen übrigen ihr nicht ausdrücklich genommenen Wirkungen fortdauere. S. Weber im angef. Buche. §. 92. S. 426. und §. 94. S. 436.

Verbindlichkeit die Zurückforderung des Gezahlten zuläſſig ſey? ſo iſt nach der richtigern Meinung ein Unterſchied zu machen, ob wegen eines bürgerlichen Verbots gleich Anfangs aus dem gegen daſſelbe unternommenen Geſchäfte keine rechtliche Verbindlichkeit entſtehen können, oder ob ein ſolcher Fall vorhanden, wo die bürgerlichen Geſetze einer wirklich vorhandenen und bisher völlig klagbaren Verbindlichkeit zur Strafe des Gläubigers ihre Wirkung ganz wiederum entzogen haben. Im letztern Falle findet die Zurückforderung nur alsdenn ſtatt, wenn die Zahlung aus Irrthum geſchehen iſt. Denn zahlet der Schuldner dennoch wiſſentlich und freywillig ſeinem Gläubiger dasjenige, was letzterer den Rechten nach gar nicht weiter hätte fordern dürfen, ſo wird rechtlich vermuthet, daß die Zahlung animo donandi geſchehen ſey, in welchem Falle die Geſetze keine Repetition der einmahl geleiſteten Zahlung geſtatten [32]). Im erſtern Falle aber iſt auf den Grund des bürgerlichen Verbots, und das perſönliche Verhältnis deſſen, der die Zahlung geleiſtet hat, Achtung zu geben, und daraus zu beurtheilen, wie weit die Zurückforderung des Gegebnen ſtatt finde. Hier kommen nun beſonders diejenigen Fälle in Betrachtung, die wir ſchon oben in der Theorie vom verbietenden Rechte im Allgemeinen angegeben haben. (S. 94. u. folg.) Man unterſcheide demnach, ob das bürgerliche Geſetz diejenige Handlung allgemein verboten habe, zu deren Erfüllung die Zahlung geſchehen iſt; oder ob ſolches nur allein gewiſſen Perſonen zu ihrem eignen Beſten die Befugniß genommen, diejenige recht-

 liche.

32) *L.* 53. *D. de Reg. Iur.* Cuius per errorem dati repetitio eſt, *eius conſulto dati donatio eſt.*

liche Handlung einzugehen, die sie gegen das Gesetz dennoch unternommen haben. Im letztern Falle ist besonders das persönliche Verhältnis dessen in Obacht zu nehmen, der die Zahlung geleistet hat. Ist dieser Contrahent eine solche Person, der überhaupt die rechtlichen Erfordernisse, sich gültig zu verbinden, ermangeln, so ist es ausser allem Zweifel, daß, wenn ein solcher sich dennoch in Rechtsgeschäfte eingelassen, und solche erfüllet hat, die Zurückforderung des Gezahlten allerdings zulässig sey, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung wissentlich, oder aus Irrthum geleistet worden. Z. B. wenn ein Pupill, oder ein gerichtlich erklärter Verschwender ohne vormundschaftliche Einwilligung contrahirt und bezahlt hat, so ist die von solchen Personen geschehene Zahlung an sich schon unkräftig, weil sie nicht über das Ihrige eigenmächtig disponiren können: es findet daher unstreitig eine Zurückforderung des Gezahlten statt [33]). Ist hingegen der Contrahent eine Person, die zwar nach den Gesetzen überhaupt die Fähigkeit hat, sich verbindlich zu machen, auch über ihr Vermögen ungehindert disponiren kann, allein die Gesetze haben ihr dennoch zu ihrem eigenen Besten die Eingehung des von ihr erfüllten Geschäfts untersagt, damit sie nicht durch ungebührliche Beredung und übereilte Zusage um das Ihrige gebracht werden möchte; ihr aber doch übrigens eine rechtsver-

33) Dieß lehrt auch Ulpian in folgenden Worten der *L.* 29. *D. de condict. indeb.* ganz deutlich. Interdum *persona* locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit. Nam in his personis *generaliter* repetitioni locum esse non ambigitur. Man sehe auch *L.* 41. *D. eodem.* Desgleichen coccei in Iure civ. controv. Lib. XII. Tit. VI. Qu. 7.

verbindliche Rathabition zugelassen, wenn dabey solche Umstände eintreten, die den ernstlichen und freyen Willen einer solchen Person hinlänglich zu erkennen geben; wie dies der Fall bey einer Frauensperson ist, wenn sie sich verbürgt hat; so kommt es nun bey geschehener Erfüllung eines solchen verbotenen Geschäfts darauf an, ob dieselbe wissend, daß das eingegangene Geschäft, z. B. die übernommene Bürgschaft, zu Recht nicht beständig sey, demnoch frey willig Zahlung geleistet habe, oder ob solche aus Irrthum geschehen sey. So deutlich nun im letztern Falle die Repetition in den Gesetzen gestattet wird [34]), so wenig ist sie im ersten Falle für zulässig zu halten, weil die Gesetze hier nicht ohne Grund annehmen, daß unter solchen Umständen ein einem freyen und hinlänglich überlegten Entschlusse nicht füglich weiter zu zweifeln sey [35]). Ist nun aber der oben angeführte erste Fall vorhanden, wo die Handlung nicht blos gewissen Personen, sondern allgemein verboten ist, so entstehet die Frage, ob und in wiefern hier dasjenige, was zur Erfüllung eines solchen verbotenen Geschäfts gegeben oder bezahlet worden, wieder zurückgefordert werden könne [36])? Nach der gemeinen Lehre, vermöge welcher die

34) *L.* 40. *D. de condict. indeb.* und *L.* 9. *Cod. ad Sctum Vellejanum.*

35) *L.* 26. §. 3. *D. de cond. indeb.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XVI. Tit. 1. § 12. fügt auch noch besonders den Grund hinzu: *quoniam consulto dati indebiti donatio est, donanti autem non succurritur.* Allein man sehe, was dagegen Hr. Prof. Weber im IV. Abschn. §. 77. S. 360. erinnert hat.

36) Hierüber vergleiche man besonders Webers angef. Buch §. 75-77.

sogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit die condictionem indebiti allemahl zur Begleiterin haben soll, pflegt man die Regel zu geben, daß in solchen Fällen die geschehene Zahlung immer zurückgefordert werden könne. Allein daß diese Theorie höchst schwankend und unzuverlässig sey, wird die Folge lehren. Man mache vielmehr folgenden Unterschied: Entweder verstoßen beyde Theile, die den verbotenen Handel mit einander geschlossen haben, in pari turpitudine; oder es ist nur der Gläubiger allein derjenige, dem eigentlich die Uebertretung der Gesetze vorzuwerfen, weil er sich auf eine ungerechte Art zum Schaden des Schuldners zu bereichern sucht; der Schuldner hingegen der, dem die Gesetze gegen die Gewinnsucht des erstern ihren Schutz angedeihen lassen. Ist das Erstere, so kann eigentlich keine Zurückforderung des Gegebenen in der Regel statt finden, wofern der Kläger nicht etwa ein Gesetz für sich hat, welches ihn ausdrücklich dazu berechtiget. Denn einmahl bringt dieses schon die Natur der Sache selbst mit sich, daß wir gegen den, der mit uns gemeinschaftlich die Gesetze übertreten hat, keinen Regres zu unserer Entschädigung nehmen können. Zweitens bestärken dieses auch deutliche Gesetze, welche die Regel enthalten: ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, solutum repeti non posse [37]). Es wird nicht undienlich seyn, einige Fälle anzuführen, in welchen zu Folge unserer Regel die Zurückforderung einer aus verbotenen Verträgen geleisteten Zahlung aus den angeführten Gründen wegfällt. Dahin gehört 1) der Fall, wenn

37) *L.* 3. u. 8. *D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Conf. *Gebh. Christ.* Bastineller Diss. de pari turpitudine. Vittemb. 1734. §. XII.

wenn eine Sache verkauft worden, deren Veräusserung die Gesetze verbieten. Zwar hat bey diesem Falle der gemeine Lehrbegriff manchen Widerspruch unter den Rechtsgelehrten veranlaßt, und einige wirklich zur Behauptung des Gegentheils verleitet [38]). Allein da dieses schon von andern gründlich widerlegt worden ist, so dürfen wir uns dabey nicht weiter aufhalten [39]). Ein gleiches ist 2) auch von dem Falle zu behaupten, wenn die Gesetze gewisse Personen vom Erwerbe gewisser Sachen ausschliessen, z. B. die Juden in Ansehung der unbeweglichen Güter; ingleichen wenn dieses oder jenes Gewerbe gewissen Personen untersagt ist. Wer sich mit solchen Personen in einen Handel einläßt, kann dasjenige, was er ihnen einmal gegeben und bezahlt hat, für seine Person nicht wieder zurückfordern. Ferner 3) wenn jemand zu einem verbotenen Spiele wissentlich Geld dargeliehen, welches ihm aber hernach von dem Spieler freywillig wieder bezahlet worden ist; auch hier findet keine Zurückforderung statt. Denn es ist unläugbar, daß beyde Theile die Gesetze übertreten haben, und eine speciellere Verordnung, welche die Zurückforderung des einmahl bezahlten gestatten sollte, findet sich nirgends. Eigentlich sollte nun auch nach diesen Grundsätzen die Zurückforderung einer bezahlten Spielschuld dem Mitspieler selbst nicht freystehen. Denn er hat doch gewiß im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, dem das Glück günstiger gewesen. Da aber gleichwohl ausdrückliche Gesetze dem Mitspieler die Condiction durchgängig gestatten [40]), so ist

38) LEYSER in Medit. ad Pandect. Spec. CXC. med. 1.

39) Weber am angef. Ort §. 76. S. 349. f.

40) *L. 3. Cod. de aleatoribus.*

dieses freylich als Ausnahme von der obigen Regel anzusehen, wenn sie gleich mit keinem andern Grunde, als dem bekannten: ita lex scripta est, zu unterstützen seyn dürfte. Ich komme nun noch auf den letzten Fall, wenn die Gesetze nur eigentlich dem Gläubiger die Uebertretung der Gesetze zur Last legen, weil er sich auf eine unbillige Art zum Schaden des Schuldners zu bereichern sucht; zum Beyspiel dient der unerlaubte Wucher, der commissorische Vertrag bey Verpfändungen, das pactum de quota litis u. a. m. In allen diesen Fällen ist es ausser allem Zweifel, daß die Zurückforderung des ungebürlichen Vortheils statt finde, und es ist hier völlig einerley, ob die Zahlung wissentlich oder aus Irrthum geschehen sey [41]). Denn hier kann keine gültige Ratihabition geschehen, weil in den angeführten Fällen die Gesetze durchaus nicht wollen, daß der gewinnsüchtige Gläubiger des ungerechten Vortheils theilhaftig werde. Ueberhaupt läßt sich hier die Regel geben: **Wenn die bürgerlichen Gesetze gewisse Verträge und Geschäfte dergestalt verbieten, daß keine Ratihabition derselben gültig seyn soll, weil ihre Absicht vorzüglich dahin gehet, daß niemand durch listige Beredung anderer um das Seinige gebracht werde, wenn er auch gleich sonst über sein Vermögen frey disponiren kann, mithin dem gemeinen Wesen selbst daran liegt, daß das Gegebene oder Bezahlte gerade demjenigen verbleibe, der sich dessen ent-**

41) S. D. *Ad. Diet.* WEBER Comment. de usuris indebite solutis earumque tam repetitione quam in sortem imputatione. (*Saer. Buetz. et Wism.* 1783. 8.) §. XIV. S. 66.

entäuſſern wollen, damit derſelbe nicht dereinſt als Bettler dem Staate zur Laſt falle, ſo findet repetitio ſoluti allemahl ſtatt, wenn gleich der Empfänger vorſchützen wollte, daß der andere Theil nicht durch Irrthum zur Zahlung veranlaßt worden, ſondern ſolche wiſſentlich geleiſtet hätte. Wenn daher z. E. Jemand, dem zu ſeiner künftigen Alimentation gewiſſe Güter vermacht worden, ohne richterliche Genehmigung einen Vergleich ſchließt, und im Gefolge deſſelben die vermachten Stücke weggiebt, ſo ſagen unſere Geſetze [42]): *apparet poſſe repeti, quod datum eſt; quia tranſactio Senatusconſulto infirmatur;* und ſo iſt es auch in Anſehung desjenigen, was über 500 Solidos ohne gerichtliche Inſinuation iſt geſchenket worden [43]). Genug von den ſogenannten obligationibus naturalibus reprobatis. Wir haben nun noch zuletzt von denjenigen natürlichen Verbindlichkeiten zu handeln, deren gerichtliche Wirkung durch die poſitiven Geſetze nur zum Theil eingeſchränkt, nicht aber ganz aufgehoben worden.

Fragt man nun, in wiefern dieſelben der gerichtlichen Wirkung nach durch die bürgerlichen Geſetze eingeſchränkt ſeyn können? ſo iſt die gewöhnliche Antwort dieſe: Es finde wegen ſolcher Verbindlichkeiten nur keine Klage, wohl aber die ganze Summe aller übrigen gerichtlichen Wirkungen ſtatt. Allein denkt man ſich den ganzen Umfang der gerichtlichen Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit, ſo wird man leicht einſehen, daß die Einſchränkung derſelben

42) *L.* 23. §. 2. *D. de condict. indeb.*

43) *L.* 27. und 36. §. 3. *C. de donationib.*

ben auf weit mehr, als eine Art, geschehen könne. Jede Befugnis, wenn sie in einem wirklichen Zwangsrechte bestehet, berechtiget uns, a) unsere Forderung vermittelst einer Klage zu verfolgen, und zwar dahin, daß wir b) gänzlich ohne Abzug, auch c) zur gehörigen, durch Vertrag oder Gesetz bestimmten Zeit befriediget werden. Der Schuldner muß auch d) gerade dasjenige leisten, was ihm wirklich obliegt, nicht, wie man sagt, aliud pro alio; der Creditor aber ist berechtiget, e) seine Schuld mit seiner Forderung zu compensiren, f) sich an die Bürgen und Pfänder zu halten, und was sonst noch für rechtliche Wirkungen eintreten können. So mancherley nun also die Rechte des Gläubigers und die Wirkungen einer vollkommenen Verbindlichkeit sind, so lassen sich auch natürlicher weise hier eben so viele Einschränkungen gedenken, als es Fälle geben kann, und wirklich giebt, wo bald die eine, bald die andere Wirkung durch Vorschrift positiver Gesetze entweder ganz oder nur zum Theil entfernet ist. Gehen wir nun die bürgerlichen Gesetze durch, so zeigt sich auch diese Verschiedenheit wirklich. Bald ist wegen einer natürlichen Verbindlichkeit die Klage durchaus unzulässig. S. z. B. ist es ein Grundsatz des römischen Rechts, daß die simplen Verträge (pacta nuda) keine Klage hervorbringen; eben so wenig hat auch aus einer Geldanleihe solcher Personen, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, eine Klage statt. Bald ist die Klage nur in gewisser Hinsicht unstatthaft, so daß, z. B. nicht die ganze Schuld, sondern nur ein Theil davon, eingeklagt werden kann. Hierher gehören vorzüglich diejenigen Verordnungen des bürgerlichen Rechts, vermöge deren einem Schuldner zur Befriedigung seines Gläubigers durch richterliche Hülfe nicht mehr genom-

genommen werden darf, als es der ſtandesmäſige nothwendige Unterhalt deſſelben zuläſſet, welches man das *beneficium competentiae* nennet. Die einzelnen Fälle, worin es ſtatt findet, werden in der Folge gelegentlich vorkommen. Bald muß der Gläubiger aliud pro alio annehmen, welches in den Fällen geſchiehet, wo dem Schuldner das *beneficium dationis in ſolutum* zuſtehet, wovon beym §. 1930. Bald darf der Gläubiger auf den ordentlichen Zahlungs-Termin nicht beſtehen, ſondern er muß dem Schuldner Nachſicht gönnen u. d. m. Daß alſo die Lehre derjenigen, welche die ganze Einſchränkung des gerichtlichen Effects natürlicher Verbindlichkeiten lediglich darauf reduciren, daß die Klage gänzlich wegfalle, alle übrige Wirkungen aber fortdauernd blieben, offenbar unzulänglich ſey, fällt in die Augen. Schon dasjenige, was der röm. Juriſt Paulus [44]) ſagt:

44) *L.* 10. *D. de obligat. et actionib.* Julian ſagt das nämliche faſt mit denſelben Worten in der *L.* 16. §. 4 *D. de fidejuſſor.* Aus dem Zuſammenhange der leztern Stelle ſiehet man, daß die oben angeführten Worte in Beziehung auf die Bürgſchaft zu erklären ſind. Denn im vorhergehenden §. 3. hatte Julian die allgemeine Regel vorgetragen: *Fideiuſſor* accipi poteſt, quotiens eſt *aliqua obligatio* civilis, vel *naturalis*. Da nun die natürlichen Verbindlichkeiten von verſchiedener Qualität und Wirkung ſind, indem einige eine Klage hervorbringen, andere nur eine Einrede geben; ſo konnte leicht Zweifel entſtehen, ob auch in Anſehung natürlicher Verbindlichkeiten der leztern Art eine gültige Fidejuſſion ſtatt finde. Dieſem Zweifel zu begegnen, ſetzt Julian §. 4. des gedachten Geſetzes noch hinzu: *Naturales obligationes* non eo ſolo aeſtimantur, ſi *actio aliqua* earum nomine competit, verum etiam cum ſoluta pecunia *repeti non poteſt*; und giebt hiermit zu erkennen, daß in der Materie von Bürgſchaften beyderley Arten der natür

ſagt: Naturales obligationes non eo ſolo aeſtimantur, ſi *actio aliqua* earum nomine competit; verum etiam ſi ſoluta pecunia repeti non poſſit, macht jene Theorie äuſſerſt bedenklich, wenn wir zumal erwägen, daß ſogar gegen einen Pupillen, welcher ohne Einwilligung des Vormunds contrahirt hat, die Klage nicht durchaus wegfalle, ſondern daß er bekanntlich belangt werden könne, inſoferne er durch den Handel reicher geworden. *Naturaliter* obligabitur ſc. pupillus, ſo lauten die Worte

türlichen Verbindlichkeiten zu verſtehen ſind. So fällt nun alle Schwierigkeit der oben angeführten Worte der *L.* 10. ganz weg, und es iſt gar nicht nöthig, zur Critic ſeine Zuflucht zu nehmen, und mit *Franc.* HOTOMANNUS Lib. III. *Obſervation.* cap. 2. *actio non competit* zu leſen, welcher deshalb von *Siegm. Reichard* IAUCHIUS in Meditat. critic. de negationibus Pandectarum Cap XIV. nr. 19. pag. 211. mit Recht getadelt worden iſt. Noch eins kann iſt hier nicht unbemerkt laſſen. Die Inſcription der mehrgedachten *L.* 10. *D. de O. et A.* lautet in den gemeinen Ausgaben, wie in der Florentiniſchen, ſo: PAULUS *lib.* 47. *ad Sabinum.* Allein Paulus hat nur *Libris XVI ad Sabinum* geſchrieben. Dies erweißt der Index Pandectarum florentinus. Wahrſcheinlich iſt alſo hier eine Verwechſelung der Namen Ulpian und Paulus vorgegangen. Denn, daß erſterer *Libros LI. ad Sabinum* geſchrieben, iſt gewiß. Ulpian hat auch gerade im 47ſten Buch *ad Sabinum* von den Fidejuſſoren gehandelt, wie man aus der Vergleichung der aus eben dieſem Buche genommenen Stellen unſerer Pandecten beym *Abr.* WIELING in Iurisprud. reſtituta S. 314. deutlich ſiehet, und es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß *L.* 10. zwiſchen die *L.* 6. und 8. *D. de fidejuſſor.* ihren ehemaligen Sitz behauptet habe. Eben dieſer Meinung iſt auch *Petrus de* TOULLIEU in den von Joh. Wolbers herausgegebenen Collectaneis iuris civilis Diſſ. IV. cap. 4. S. 183. u. ff.

te des Ulpians [45]), in quantum *locupletior* factus eſt, hinc in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem, *in quantum locupletior factus eſt*, dandam eſſe, D. Pius reſcripſit. Hier iſt alſo, wie ein jeder von ſelbſt ſiehet, eine natürliche, in Anſehung des gerichtlichen Effects eingeſchränkte Verbindlichkeit vorhanden, wobey jedoch das Recht zu klagen nicht gänzlich wegfallt, ſondern nur gewiſſermaſſen limitirt iſt [46]). Aus allem dieſen ergiebt ſich nun ſoviel, daß wenn die römiſchen Geſetze von einer natürlichen Verbindlichkeit reden, ſie nicht immer darunter eine ſolche verſtehen, wegen welcher keine gerichtliche Klage ſtatt findet, ſondern ſie verſtehen vielmehr eine ſolche Obligation, welche an ſich zwar nach Vorſchrift der geſunden Vernunft dem in der bürgerlichen Societät ſich befindenden Menſchen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden iſt, nicht hervorbringt; und dieſe wird die natürliche Verbindlichkeit im ſtrengſten Verſtande des Civilrechts genennet [47]). Noch eins darf ich hierbey nicht unberührt laſſen,

45) *L. 5. D. de auctorit. tutor.*

46) Eben dieſes hat auch ſchon *Ge. Chriſtoph.* NELLER in Diſſ. de obligatione praeſertim naturali (in *Opuſc.* T. I. P. I. S. 151. und folg.) §. X. richtig eingeſehen.

47) Weber a. a. O. §. 55. Das Wort natürlich wird hier dem bürgerlichen entgegengeſetzt, und unter jenem alles dasjenige verſtanden, was an ſich zwar, wirklich vorhanden iſt, jedoch vermöge der bürgerlichen Geſetze diejenige Gültigkeit und Wirkung nicht hat,

laſſen, daß nämlich die bürgerlichen Geſetze die gerichtliche Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit nicht immer dergeſtalt eingeſchränkt haben, daß der völlige Effect keinen Anfang gewinnen können, ſondern es giebt auch Fälle, wo durch die Geſetze einer bisher völlig wirkſamen Verbindlichkeit der weitere Effect aus Gründen verſagt worden, welche nach natürlichen Rechten an ſich den Schuldner von ſeiner Verbindlichkeit nicht befreyen, noch die Befugnis des Gläubigers einſchränken. Dahin gehört, wenn der Gläubiger die zur gerichtlichen Verfolgung ſeines Rechts beſtimmte Zeit verſäumt hat; desgleichen wenn die Geſetze den Gläubiger zur Strafe wegen Uebertretung verbietender oder gebietender Geſetze die Befugnis zu klagen abſprechen, ohne jedoch das Recht deſſelben, und die Verbindlichkeit des Schuldners an

hat, welche nach Vorſchrift des bloßen Naturrechts ſtatt finden würde. Es findet dieſe Bedeutung nicht blos ſtatt, wenn die römiſchen Geſetze von einer *obligatione naturali* reden, ſondern auch wenn ſie von einem dominio naturali, ſo z. B. der Frau während der Ehe am Brautſchatz zuſtehet, ferner von einer *cognatione naturali*, die aus unehelichem Beyſchlafe, oder auch bey den Römern aus einer Sklavenehe entſtand, reden. Uebrigens bemerke ich noch hierbey, daß die natürliche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect nicht hat, eine uneigentliche, *impropria* ſeu *abuſiva* von den röm. Juriſten genennt zu werden pflegt, *L.* 16. §. 4. *D. de fideiuſſ. L.* 41. *D. de peculio*, weil nur eine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit im Sinne des Civilrechts *Obligatio* genennt wird, wie ich ſchon oben S. 14. bemerkt habe.

an ſich aufzuheben [48]) und dergleichen Fälle mehr [49]) Da in allen dieſen Fällen die Geſetze dem Gläubiger nur blos die Rechtshülfe verſagen, und ihn mit ſeiner Klage nicht weiter gehört wiſſen wollen, ſo verſteht es ſich von ſelbſt, daß die übrigen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeit doch noch immer fortdauern, welche ihm die Geſetze nicht wirklich abgeſprochen haben. So wenig ſich alſo der Schuldner in dieſen Fällen ermächtigen kann, das Bezahlte wieder zurückzufordern, ſo muß dem Gläubiger auch immer noch die Befugniß verbleiben, ſich durch Compenſation, Retention u. ſ. w. zu dem Seinigen zu verhelfen [50]). So viel von den natürlichen Verbindlichkeiten im ſtrengſten Sinne des Civilrechts, welche in den bürgerlichen Gerichten nicht völlig wirkſam ſind; nun könnte zwar noch manches über die Wirkungen des Pfandrechts, der Bürgſchaft, des Eides, der Compenſation, u. ſ. w. in Anſehung dieſer natürlichen Verbindlichkeiten geſagt werden [51]), damit ich jedoch die nöthigen Grenzen nicht überſchreite, ſo behalte ich mir vor, von dieſen Gegenſtänden

48) *L.* 19. *pr. D. de condict. indeb. L.* 9. §. 4. *D. ad SCt. Macedon.* Ein anderes iſt es, wenn die Geſetze den Gläubiger zur Strafe ſeines ganzen Rechts verluſtig erklärt haben, wovon oben bey den reprobirten natürlichen Verbindlichkeiten gehandelt worden iſt.

49) Man vergleiche hier Weber im angef. Buch §. 90. ff.

50) Die dagegen gemachten Einwürfe einiger Rechtsgelehrten hat Herr Prof. Weber a. a. O. §. 92. und ff. gründlich widerlegt.

51) Hiervon handelt Prof. Weber im 8. 9. 10. und 11. Abſchnitt ſeines mehrgedachten claſſiſchen Werks.

ſtänden an denjenigen Orten der Pandecten zu handeln, wo die Materien ſelbſt vorkommen werden. Da inzwiſchen Hellfeld bey dieſer Gelegenheit uns noch auf den Begriff der Billigkeit hinleiten will, ſo wird es nöthig ſeyn, auch hiervon die nöthige Erläuterung zu geben, zumahl da der Unterſchied zwiſchen Recht und Billigkeit gröſtentheils auf undeutlichen Begriffen beruhet [52]). Es iſt nicht ohne Grund, wenn unſer Verfaſſer bemerkt, die natürliche nicht reprobirte Verbindlichkeit komme im römiſchen Rechte unter dem Namen der Billigkeit vor; denn in der angeführten *L.* 95. §. 4. *L. de ſolut.* wird die natürliche Verbindlichkeit *vinculum aequitatis* genennt, und daß von einer nicht reprobirten natürlichen Verbindlichkeit daſelbſt die Rede ſey, erhellet daraus, weil in dem angeführten Geſetz geſagt wird, daß ſie durch den Vertrag, wodurch der Gläubiger ſeine Forderung dem Schuldner erläßt, ipſo iure, d. i. ſofort, und ſelbſt dem ſtrengen Rechte nach, aufgehoben werde. Allein das Wort *aequitas* hat in dem römiſchen Rechte noch mehr Bedeutungen. Billigkeit, wenn dieſe dem ſtrengen Rechte (*iuri ſummo*, *ſtricto*, *rigori iuris*) entgegen geſetzt wird, bezeichnet erſtlich alles dasjenige, was mit dem natürlichen Recht übereinſtimmt; was hingegen blos die Vorſchrift der poſitiven

52) Ueber die Billigkeit, deren rechtmäſige Anwendung, und ihren Unterſchied vom ſtrengen Rechte iſt viel geſchrieben. Die vorzüglichſten Schriften ſind: BOLOGNETUS de aequitate et iure. SCHULTING D. de aequitate et ſtricto iure. (*Lug. Bat.* 1717.) KRESS D. de aequitate. (*Helmſt.* 1731.) *Henr. God.* BAUER Progr. de aequitatis in iure uſu. *Lipſiae* 1761.) und *Ge. Chriſtoph* NELLERI Principia juris de aequitate; in *Opuſculis* T. I. P. I. N. II. pag. 16 — 27.

tiven oder bürgerlichen Geſetze mit ſich bringt, wird *ius* ſchlechtweg genannt. So z. B. ſagt **Ulpian** [53]: Licet hoc *iure* contingat, tamen *aequitas* dictat contrarium; und **Paulus** [54]: haec *aequitas* ſuggerit, etſi *iure* deficiamur. Dieſe Billigkeit wird im römiſchen Rechte *aequitas naturalis* [55], *naturalis ratio* [56], *officium pietatis* [57], auch *pudor* [58] genennt. Zweytens heißt Billigkeit auch, was dem Sinne und der Abſicht eines Geſetzes oder eines Vertrags, oder einer andern verbindlichen Verordnung gemäß, und alſo Reſultat einer Auslegung iſt, wobey auf die vorliegenden Umſtände der Sache, und die beſondern Eigenſchaften, und Verhältniſſe der Perſonen Rückſicht genommen wird [59]. Unter dem ſtrengen Rechte hingegen verſtehet man alsdann dasjenige, was der Buchſtabe eines Geſetzes oder eines Vertrags oder einer andern Willensverordnung beſagt. Man nennt jene

53) *L.* 32. *pr. D. de peculio.*

54) *L.* 2. §. 5. *D. de aqua et aquae pluv. arc.*

55) *L.* 1. *D. de minorib.*

56) *Pr. Inſt. de nupt. L.* 5. §. 16. *D. de agnoſ. liber. L.* 7. §. 7. *D. de acquir. rer. dom.* und CICERO in Topicis ſagt: AEQUITAS *eſt, quod naturalis ratio perſuaſit.*

57) *L.* 5. §. 17. *D. de agnoſ. et alend. liber.*

58) §. 1. *I. de fideicommiſſ. hered.*

59) *Vlric.* HUBER in Digreſſion Iuſtinian. Lib. I. cap. V. §. 3. ſagt: AEQUITAS *nihil quam benigna et humana iuris ſcripti interpretatio eſt, pro diverſitate ſingularium, non ex verbis, ſed e mente Legislatoris facta.* Und Modeſtin zeigt den Unterſchied inter verba legis et mentem legislatoris durch ein ſchönes Beyſpiel in der *L.* 13. §. 2. *D. de Excuſat.*

Billigkeit *aequitatem iuridicam*, oder die richterliche Billigkeit, und der Unterschied zwischen dieser und der Strenge des Rechts bestehet darinn, daß letztere sich an die allgemeine Regel hält, die Billigkeit aber zugleich auf die gute oder schlimme Wirkung Rücksicht nimmt, welche die Anwendung der Regel im gegebenen Falle haben würde. Deswegen setzen diejenigen Rechtsgelehrten, welche über diesen Gegenstand geschrieben haben, die Billigkeit des Richters vorzüglich in eine vernünftige Erwägung der zu beurtheilenden Thatsachen [60]). Sie verlangen ferner, daß ein billiger Richter die durch positive Gesetze eingeführte Ungleichheit soviel als möglich mildern, und überall auf die menschliche Schwachheit Rücksicht nehmen solle [61]). Welchen Begriff aber auch die Rechtsgelehrten mit der Billigkeit in dieser zweyten Bedeutung verknüpfen mögen, so kommen sie doch fast alle darinn überein, daß das strenge Recht in einer steifen Anhänglichkeit an die Theorie, die Billigkeit aber

60) Man vergleiche hier vorzüglich Ernst Ferd. Kleins Abhandlung über die Billigkeit bey Entscheidung der Rechtsfälle; in Desselben Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. I. Band S. 357—390. und HARTMANN D. de aequitate iuridica. (*Kiel* 1730.) Siehe auch KRESS cit. Diss. Cap. I. §. 13. not. d.

61) KRESS in der angef. Diss. Cap. I. §. 18. giebt folgende Beschreibung von der Billigkeit: AEQUITAS *est*, sagt er, *habitus mentis vel doctrina, ubi secundum aequalitatis regulas, ex rationis ratiociniis haustas, hoc vel illud interpretando, sive iuri supplendo sive demendo, ad imbecillitatem generis humani respiciendo, benigne diiudicamus.*

aber in einem vernünftigen Ermeſſen der Folgen beſtehe, welche die Anwendung derſelben auf das Wohl des Staats und der einzelnen Mitglieder deſſelben haben könnte [62]). Selbſt die römiſchen Geſetze [63]) empfehlen dem Richter die Billigkeit in dieſem Verſtande nachdrücklich, ſie weiſen ihn an, ſolche dem ſtrengen Rechte vorzuziehen, inſofern das Geſetz dadurch nicht abgeändert, ſondern nur ſeiner Abſicht gemäß angewendet wird. Denn die Billigkeit muß keine Abweichung von einer verbindlichen Regel enthalten. Vielmehr wird in ausdrücklichen Geſetzen [64]) dem Richter befohlen, auch ein hartes Geſetz, wenn es deutlich und categoriſch iſt, zu befolgen, und die Beobachtung der Billigkeit dem Geſetzgeber anheim zu ſtellen [65]). Es wird ſich in der Folge bey der Lehre von der

62) KRESS in Diſſ. de Iure ſummo, iniuria ſumma Cap. 2. §. 6. et 7.

63) *L.* 18. *D. de Legib.* Benignius leges interpretandae ſunt, quo voluntas earum conſervetur. — *L.* 8. *C. de iudiciis.* Placuit in omnibus rebus praecipuam eſſe *iuſtitiae, aequitatisque*, quam *ſtricti iuris* rationem. Siehe auch *L.* 25. *D. de Legib.* et *L.* 90. *D. de Reg. iuris.*

64) *L.* 12. §. 1. *D. qui et a quib. manumiſſi.* Quod quidem perquam *durum* eſt; *ſed ita Lex ſcripta eſt.*

65) *L.* 1. *C. de LL.* Inter *aequitatem*, *iusque* interpoſitam interpretationem nobis ſolis et oportet et licet inſpicere. Hier war von einer, dem Geſetze zuwiderlaufenden Billigkeit die Rede, die der eine Theil für ſich anführte, da hingegen der andere Theil das offenbare Recht für ſich hatte, wie NELLER in der oben angeführten Abhandlung §. XX. bemerkt hat. In einem ſolchen Falle darf der Richter nicht zu Gunſten des einen Theils gelind ſeyn, denn ſeine Gelindigkeit gegen den einen

wäre

Interpretation noch mehr Gelegenheit finden, die Grenzen der richterlichen Billigkeit genauer zu bestimmen.

§. 27.

Begriff der Rechtsgelehrsamkeit. Was ist Theorie und Praxis derselben? Begriff des wahren Rechtsgelehrten.

Wir schreiten nun zur Entwickelung des Begriffs der Rechtsgelehrsamkeit selbst, und ihrer wesentlichen Eigenschaften und Theile, nachdem wir von den Rechten und Verbindlichkeiten, womit sich dieselbe beschäftiget, und den Gesetzen selbst, aus welchen jene herfliessen, das nöthige vorausgeschickt haben. Das Wort Rechtsgelehrsamkeit (*Iurisprudentia*) wird in zweyerley Bedeutung genommen.

1) Im objectivischen Sinn verstehet man darunter ein System von Lehren, welche die Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben. Wenn Hellfeld in der Note *k.* sagt: *Obiective* considerata iurisprudentia est scientia legum earumque adplicationis ad factum, so ist dies eigentlich der Begriff der Rechtsgelehrsamkeit im subjectivischen Verstande.

2) Subjectivisch genommen ist Rechtsgelahrtheit die wissenschaftliche Kenntniß der Gesetze, verbunden mit der Fertigkeit, sie auf die vorkom-

wäre Ungerechtigkeit gegen den andern. Wollen die streitenden Theile nicht selbst Gelindigkeit gegen einander beweisen, und der Richter findet Bedenklichkeit, dem andern zu zuerkennen, was das offenbare Recht mit sich bringt, so muß er die Entscheidung dem Gesetzgeber anheimstellen.

kommenden Fälle anzuwenden. Zellfelds Begriff: Iurisprudentia *subiective* considerata, est *habitus leges ad facta obvia recte applicandi*, ist nicht vollständig, denn er hat offenbar nur das definirt, was man die Praxis der Rechtswissenschaft nennt. Man theilt nämlich bekanntermassen die Rechtsgelehrsamkeit in die Theorie und Praxis ein [66]). Unter der Theorie des Rechts verstehet man die Fähigkeit, den wahren Sinn der Gesetze zu bestimmen, verbunden mit einer genauen Kenntniß von der Beschaffenheit, den Eigenschaften und Folgen derjenigen Handlungen, welche die Rechtsgelehrsamkeit zum Gegenstande hat. Zur ächten Theorie des Rechts gehört also

1) die Fähigkeit, den wahren Sinn der Gesetze, als welche die Normen der bürgerlichen Handlungen sind, festzusetzen. Diese Fähigkeit muß ein jeder, der auf eine gründliche Rechtsgelehrsamkeit Anspruch macht, in ihrem Umfange besitzen, weil er sonst beständig bey der Anwendung fehlen wird. Die Erfahrung lehrt, daß die Gesetze gemeiniglich nur einen oder wenig Fälle zur Veranlassung haben; und daß die Absicht des Gesetzgebers oft viel weiter geht, als die Worte ausdrücken, wird niemand läugnen, der nur einige Kenntniß von den Gesetzen hat. Hier hat nun der Jurist es auszumachen, wie dieser oder jener Fall der Absicht des Gesetzgebers gemäß nach dem Gesetz zu beurtheilen sey?

66) Man vergleiche hier Just. Claproths Vorrede von dem Verhältniß der Theorie und der Ausübung der Rechtsgelehrsamkeit, vor Desselben Grundsätzen von Verfertigung der Relationen aus Gerichtsacten (Göttingen 1778.)

Zur Rechtstheorie gehört 2) die genaue Kenntniß von der Beschaffenheit der bürgerlichen Handlungen, welche den Gegenstand der Rechtsgelehrsamkeit ausmachen. Denn nach der Verschiedenheit dieser Handlungen richten sich die Rechte und die Verbindlichkeiten der Partheyen.

Endlich gehört auch 3) zur Rechtstheorie eine genaue Kenntniß der Folgen, welche mit den bürgerlichen Rechtshandlungen verknüpft sind. Die verschiedenen Arten von Klagen, der verschiedene Proceß, die verschiedenen Rechte, Verbindlichkeiten und Strafen und deren gehörige Anwendung hängen alle von diesem Theile der Rechtsgelehrsamkeit ab. Es bedarf daher wohl keines Beweises, daß in der Anwendung der Rechtsgelehrsamkeit überaus viel darauf ankomme, in diesen Puncten nicht zu fehlen. Denn welchem Rechtsgelehrten ist wohl unbekannt, daß eine Art des Processes weit zuträglicher als die andere, und die eine Klage entweder in Ansehung des Beweises oder in Ansehung der Hauptabsicht weit vortheilhafter, als die andere, sey?

Die Praxis der Rechtsgelehrsamkeit ist nun dagegen eine Fertigkeit, die Gesetze auf die vorkommenden Fälle anzuwenden, die bürgerlichen Handlungen mit Klugheit darnach einzurichten, und die entstandenen Rechtsstreitigkeiten gehörig zu behandeln, d. i. dieselben zu Ende zu bringen. Formelkram, und eine historische Kenntniß von dem Laufe des Processes machen zwar den sogenannten Schlendrian aus, verdienen aber nicht den Namen der juristischen Praxis.

Theorie

Theorie und Praxis nach den angegebenen Begriffen ſind nun ſo genau mit einander vergeſellſchaftet, daß ſie von einander nicht getrennt werden können, daher es eine ungereimte Frage iſt, ob nicht die eine vor der andern einen Vorzug habe [67])? denn die wahre Praxis läßt ſich ohne eine gründliche Kenntniß der Theorie des Rechts ohnmöglich gedenken. Die Theorie iſt alſo nur um der Praxis willen da. Die Praxis hingegen muß der Theorie erſt das Leben geben; die Begriffe, die man bey der Theorie ſammlet, werden erſt durch die Praxis in die gehörige Deutlichkeit geſetzet, und bekommen daher ein Licht, welches ihr durch Umſchreibung ohnmöglich gegeben werden kann. Derjenige nun, welcher nicht nur eine gründliche wiſſenſchaftliche Kenntniß von der Theorie ſowohl als Praxi der Rechtsgelahrtheit beſitzet, ſondern auch dieſelbe zur Ehre Gottes und zum Wohl ſeiner Mitbürger wirklich ausübt, heißt ein Jurist ein Rechtsgelehrter im eigentlichen Verſtande *). Wo

67) S. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de conflictu theoriae et praxeos iuris. Halae 1736. und *Mart. Gottl.* PAULI Diſſ. de theoriae et praxis iuridicae diſcordia. Lipſ. 1747. In einem andern Verſtande, nämlich wenn man ſich unter der Praxis den Gerichtsgebrauch oder die Gültigkeit der Geſetze in den Gerichten gedenket, kann ein Conflictus zwiſchen der Theorie und Praxis des Rechts ſtatt finden. S. NETTELBLADT in Syſtem. element. doctrinar. propaedeuticar. iurispr. poſ. germanor. comm. §. 41. S. 33.

*) Nicht unrecht ſagt CICERO *de oratore* Lib. I. cap. 48. in fin. Sin quaereretur, quisnam Iurisconſultus vere nominaretur; eum dicerem, qui legum, et conſuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad reſpondendum, et ad agendum, et ad cavendum, peritus eſſet.

diesem unterscheide man 1) einen *Leguleius*, worunter ein solcher verstanden wird, der keine wissenschaftliche, sondern eine blos historische Kenntniß von den Gesetzen hat, sie zwar den Worten nach weiß, und überall mit seiner Gesetzkenntniß prahlt; aber den Geist derselben nicht versteht, und daher eine ungeschickte Anwendung davon macht; 2) einen Rabulisten, worunter man einen solchen versteht, dem es zwar nicht an Kenntniß, aber an Rechtschaffenheit und Güte des Herzens fehlt, die Gesetze gehörig anzuwenden, und welcher daher solche zum Schaden anderer zu verdrehen sucht; 3) einen *Empiricus*, denn ein solcher versteht gar keine Rechtstheorie, sondern hat blos den Schlendrian inne, welchen er aus der täglichen Uebung in der Gerichtsstube erlernt hat, und behandelt daher alle Rechtssachen blos mechanisch. Endlich unterscheide man einen Rechtsgelehrten auch 4) von einem *Iurisperito*, d. i. einem blosen Rechtsverständigen, der zwar eine gründliche Theorie des Rechts verstehet, allein von den erkannten rechtlichen Wahrheiten keinen Gebrauch macht [68]).

Anmerkung *k*. Die römischen Juristen definirten die Jurisprudenz auf folgende Art. Iurisprudentia est *divinarum atque humanarum rerum notitia: iusti atque iniusti scientia* [69]). Diese Definition wird verschiedentlich erklärt. Einige halten dafür, Ulpian, aus dessen *lib. I. Regularum* diese Definition entlehnt worden, habe hierdurch anzeigen wollen, daß die Jurisprudenz ein Theil der

68) S. *Io. Christph.* SPITZ Diss. de Iurisconsulto, a iurisperito, leguleio et rabula quam maxime diverso. *Erfordiae* 1769.

69) *L.* 10. §. 2. *D. de Iust. et iur.*

der Philoſophie ſey, welche ſich, ſo wie dieſe, mit göttlichen und menſchlichen Dingen beſchäftige, nur mit dem Unterſchiede, daß ſie ſich in keine ſpeculative Unterſuchungen einlaſſe, ſondern blos beſtimme, was recht und unrecht in Anſehung derſelben ſey [70]). Daß die Alten die Philoſophie in einer *notitia rerum divinarum atque humanarum* geſetzt haben, iſt auſſer allem Zweifel [71]); und daß die alten Philoſophen ſowohl als Rechtsgelehrten die Jurisprudenz für einen Theil der Philoſophie gehalten, erhellet ſowohl aus dem Zeugniß des Euphrates beym Plinius [72]), als auch aus dem, was die römiſchen Juriſten von ſich ſelbſt ſagten: *ſe veram philoſophiam, non ſimulatam aſſectari* [73]). Andere hingegen verſtehen unten den *rebus divinis* das geiſtliche Recht, welches von dreyerley Art war, *ius feciale, pontificium* und *augurale*; unter den *rebus humanis* aber das ius civile. Sie erklären alſo die Ulpianiſche Definition ſo:

70) *Pet.* FABER in Comment ad *L.* 1. *D. de I. et I.* hinter Deſſelben *Semeſtr. Io. Gottl.* HEINECCIUS in Praefat. de Iurisprudentia, divinarum humanarumque rerum notitia; vor ſeinem *Faſcic. Scriptor. iur. nat.* GROTIUS in Florum ſparſ. ad ius Iuſtinian. p. 13.

71) CICERO *de Finibus bon. et mal.* Lib. II. c. 12. *de officiis* Lib. I. c. 43. *Quaeſt. Tuſcul.* Lib. V. c. 3. SENECA Ep. 89.

72) *Lib. I. Ep.* 10. Adfirmat, etiam eſſe hanc *philoſophiae*, et quidem pulcerrimam partem, *agere negotium publicum, cognoſcere, iudicare, promeré et exercere iuſtitiam.*

73) *L.* 1. §. 1. *D. h. t. Io. Guil.* HOFFMANN in Obſervat. var. ad Pandect. *Diſſ. hebd. II.* §. 1. lieſet nicht ohne Grund *affectantes* für affectantes. Jedoch ſucht PÜTTMANN in Interpret. et Obſervat. pag. 77. die gemeine Leſeart zu rechtfertigen.

so: die Jurisprudenz sey eine Wissenschaft göttlicher und menschlicher, oder geistlicher und weltlicher Rechte [74]). Noch andere denken sich unter den *rebus divinis* das natürliche und unter den *rebus humanis* das positive Recht [75]); die Rechtsgelahrheit sey also die Wissenschaft des natürlichen und positiven Rechts. Man erkläre nun die Definition des Ulpians, wie man will, so bleibt die Sache immer undeutlich, und sie kann daher h. z. T. um so weniger gebraucht werden, da sie aller Wahrscheinlichkeit nach aus den Grundsätzen und Begriffen der Stoiker herrührt [76]).

§. 28.

Zwey Haupteigenschaften des Rechtsgelehrten.

Ein Rechtsgelehrter, welcher auf die Würde dieses Namens einen gegründeten Anspruch machen will, muß also a) eine Fertigkeit haben, die Gesetze auf die

74) BYNCKERSHOEK in Diss. de cultu relig. peregr. Diss. I. in *Opusc.* (Lugd. Batav. 1719.) pag. 237. seq. GERAUER Diss. de Iustitia et iure §. 11. ECKHARDUS in Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. 4. §. 134. *A. F.* SCHÖTT Specim. iuris Digestor. ad Tit. de Iust. et Iure *Lipsiae* 1775. §. 2. BRISSONIUS Antiquitat. Lib. IV. c. 16. Höpfner im Commentar. §. 22. Desgleichen MURETUS, MARCILIUS und IAN. *a* COSTA *ad* §. 1. *I. de I. et I.*

75) *Iac.* PERENONIUS in Animadverss. Lib. I. cap. 24. und *Ge. Sam.* MADIHN in Institut. iuris civ. (Halae 1764.) *Praecogn. gen.* Cap. II. Tit. 1. §. 57.

76) S. *Pet.* BURGII Elector. libr. cap. I. (in *Thes. I. R. Otton.* T. I. pag 311.) Thom. PAPILLONII Commentar. in Tit. hunc. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 566.) und WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris. pag. 223. sq.

die vorkommenden Fälle anzuwenden, d. i. in jedem vorkommenden Falle zu beſtimmen, was nach den beſondern Umſtänden deſſelben den Geſetzen gemäß iſt. Da jedoch ein Geſetz nicht richtig angewendet werden kann, wenn man keine deutliche Kenntniß von dem Sinne des Geſetzes hat, ſo muß auch b) ein Rechtsgelehrter die Fähigkeit haben, den wahren Sinn der Geſetze richtig zu beſtimmen. Daher iſt nun zuvörderſt die Lehre von der Erklärung der Geſetze nach Anleitung unſers Verfaſſers abzuhandeln.

§. 29.

Von der Erklärung der Geſetze.

Die Undeutlichkeit des Inhalts, die Zweideutigkeit der Worte eines Geſetzes, Mangel der Uebereinſtimmung derſelben mit der Abſicht des Geſetzgebers, Widerſpruch eines Geſetzes mit andern Geſetzen, alles dieſes macht oft die Auslegung der Geſetze nothwendig [77]) Was heißt aber ein

77) Ueber die Erklärung der Geſetze haben viele geſchrieben. Die vorzüglichſten Schriften ſind. *Val. Guil.* FORSTER de interpretatione iuris (in OTTON. *Theſau. Iur. Rom. T. II.*) *Vinc.* PLACCIUS de Icto perfecto ſ. interpretatione Legum. *Holm. et Hamb.* 1693. 4. *Caſp.* HORN Praelect. publicae de interpretatione iuridica *Viteb.* 1733. 8. *Io. Laur.* HOLDERRIEDER Diſſ. de principiis interpretationis Legum adaequatis Lipſiae 1736. *Car. Aug.* RITTER Regulae interpretationis iuridicae praeſtantiores ex adaequatis principiis demonſtratae *Lipſiae* 1741. *Pet.* AMSINCK Diſp. de Legum in corpore iuris Iuſtiniani interpretatione. *Trajecti* 1743. *Io. Iac.* OPPENRITTER Diſſ. de concinna Legum interpretatione *Vindob.* 1745. 4 *Io. Died.* MELLMANN Comment. de interpretatione Legum Rom. praeſertim Codicis

ein Gesetz erklären? nichts anders, als den wahren Sinn eines Gesetzes aus den Worten desselben, und der Absicht des Gesetzgebers entwickeln. Sinn des Gesetzes, oder, wie es im römischen Rechte genennet wird, *sententia legis* [78]) ist der Wille selbst, den der Gesetzgeber durch die gebrauchten Worte hat ausdrücken wollen. Um diesen Willen des Gesetzgebers richtig zu bestimmen, untersuche man zuerst den Wortverstand des Gesetzes (*sensum litteralem*), das ist, man setze die wahre Bedeutung der einzelnen Worte fest, und verbinde mit denselben diejenigen Begriffe, welche dem Sprachgebrauche und dem Zusammenhange der Worte gemäß sind. Weil jedoch die Erfahrung lehrt, daß die Worte nicht immer den Willen des Gesetzgebers vollkommen ausdrücken, indem selten ein Mensch seine Worte so genau faßt, daß er weder mehr noch weniger sagt, als er wirklich hat sagen wollen, so muß nun hiernächst der Gesetzausleger auch die wahre Absicht des Gesetzgebers ausforschen, und den Grund des Gesetzes untersuchen. Dieser bestimmt den ganzen Umfang des Willens des Gesetzgebers, und ist also mit Recht als die Seele des Gesetzes anzusehen [79]). Nur darf die nächste

dicis repetitae praelectionis *Kiel* 1770. und besonders *Christ. Henr.* ECKHARD Hermenevtica iuris cum notis *Car. Frid.* WALCHII Lipsiae 1779. 8. zu deren Berichtigung und Erläuterung auch *Io. Lud.* CONRADI Observationes iuris civ. (*Marburgi* 1782. 8.) dienen.

78) *L.* 6. §. 1. *D. de Verb. Signif. L.* 29. *D. de LL.*

79) *Io. Gottl.* FABER Disp de anima legum. *Tubingae* 1752. *Conr. Henr. Andr.* HEPKE Diss. de occasione et ratione legis. *Hanov.* 1754.

ſte Abſicht mit der entfernten nicht verwechſelt werden. Daher ergeben ſich ſchon vorläufig folgende Auslegungsregeln:

1) Der Rechtsgelehrte darf ſeine Geſetzerklärung nur auf die Vorausſetzung derjenigen Abſicht gründen, die der Geſetzgeber unmittelbar durch die Worte des Geſetzes zu erkennen geben wollte.

2) Dieſe Abſicht ſelbſt muß aus dem Zuſammenhange der Worte, oder des Geſetzes mit allen übrigen, die über einerley Gegenſtand vorhanden ſind [80]), oder den hiſtoriſchen Umſtänden der Geſetzgebung, und andern Quellen mehr beurtheilet werden, von welchen ich in der Folge beym §. 36. umſtändlicher handeln werde.

§. 30.

Erklärung ſetzt Mangel der Deutlichkeit, und Unvollſtändigkeit des Geſetzes, voraus. Auslegung der Geſetze nach der Billigkeit; und Grenzen derſelben.

„Es iſt ein Uebel, ſagt ein berühmter practiſcher Rechtsgelehrter [81]), wenn die Geſetze einer Erklärung bedürfen. Die Geſetze ſollen keiner Rechtsklügeley ausgeſetzet ſeyn.“ Dies kann wohl freylich nicht geleugnet werden;

80) D. *Gotttl.* HUFELAND Diſſ. de Legum in Pandectis interpretandarum ſubſidio ex earum nexu et conſecutione petendo. *Ienae* 1785. und Hr. Prof. Weſtphal in der unten Note 86. angeführten Schrift §. 4. und 5.

81) von Tevenar Verſuch über die Rechtsgelahrheit S. 537. Dritter Abſchn.

den; allein da die meisten unserer Gesetze für ganz andere Zeiten, Sitten und Umstände gegeben sind, so müssen wir sie, sollen sie zur Richtschnur dienen, durch eine vernünftige Auslegung, auch noch für unsere Zeiten anwendbar zu machen suchen. Auslegung des Gesetzes setzt also immer voraus, daß ein fehlerhaftes, dunkeles oder unzureichendes Gesetz vorhanden sey. Ein Gesetz, das vollständig, deutlich, und bestimmt gefaßt ist, bedarf keiner Erklärung; sondern der Richter ist verbunden, solches in Anwendung zu bringen, wenn es ihm auch gleich hart scheinen sollte. Allein sollte der Richter nicht wenigstens unterweilen befugt seyn, aus Gründen einer vordringenden Billigkeit der Strenge des Rechts auszuweichen, und eine mildere Meinung anzunehmen? Verschiedene Rechtsgelehrten wollen ihm zwar diese prätorische Macht beylegen [82]), und nach Leysers [83]) Meinung soll es einem Richter sogar freystehen, sich über den Mangel der vorgeschriebenen Solemnitäten hinwegzusetzen, wenn nur der Wille des Testators oder der Contrahenten klar ist; allein es lässet sich diese Meinung nicht schlechterdings rechtfertigen. Denn es ist bekannt, welche schlimme Folgen die sogenannte Billigkeit der Prätoren nach sich zog, und wie man ihre Partheylichkeit durch das Corneliußische Gesetz dahin einschränken mußte, daß sie wenigstens während ihrer kurzen Amtsführung nach einerley Grundsätzen verfahren, und schuldig seyn sollten, eben denselben Rechtssatz, den sie gegen andere angenommen hatten, in der Folge auch gegen sich selbst gelten zu lassen. Selbst die

82) *C. F.* HOMMEL Rhapsod. Quaestion. in foro quot. obv. Obs. 439. p. 697.

83) Meditat. ad Pandect. Spec. III. med. 6. und 7.

die römiſchen Rechtsgelehrten äußerten oft ihre Mißbilligung über die Ungerechtigkeiten, welche unter dem Scheine der Billigkeit begangen wurden. Denn da ſelbſt die Meinungen von der Billigkeit ſo ſehr verſchieden, und ihre Grundſätze nicht beſtimmt ſind [84]), wie leicht kann ſich der Richter bey deren Anwendung nicht irren? Sehr treffend ſagt daher bey Entſcheidung eines gewiſſen Rechtsfalles der römiſche Juriſt Paulus [85]): *eſſe hanc quaeſtionem de bono, et aequo: in quo genere plerumque ſub auctoritate iuris ſcientiae pernicioſe erratur.* Welche Ungewißheit des Rechts würde alſo nicht daraus entſtehen, wenn der Richter bey einer ganz deutlichen Vorſchrift des Geſetzes nach ſeinem eigenen Gefühl vom Recht oder Unrecht handeln, und dem Geſetz darnach einen Sinn beylegen wollte? Ja wie leicht würde Leidenſchaft des Richters, oder Unwiſſenheit deſſelben den Mantel der Billigkeit annehmen, und der Ungerechtigkeit und Partheylichkeit Thür und Thor geöffnet werden? Mit Recht haben daher andere jene Meinung verworfen, und den Richter auf gehorſame Befolgung der Geſetze eingeſchränkt [86]). Wenn nun aber doch die Geſetze ſelbſt den Rich-

84) SCAEVOLA ſagt z. B. in *L.* 14. *pr. D. de div. tempor. praeſcript.* de acceſſionibus poſſeſſionum nihil in perpetuum, neque generaliter definire poſſumus: *conſiſtunt enim in ſola aequitate.*

85) *L.* 91. §. 3. *D. de verbor. obligat.*

86) Carrachs rechtliche Erörterung der Frage: Ob in Teutſchland eine Gerichtsobrigkeit unter dem Vorwande der Billigkeit von den Geſetzen abweichen könne? Nro. 44. der wöchentlichen Halliſchen Anzeigen vom Jahr 1764. *Henr. Chriſtph.* BERTUCH Diſſ. de eo, quod circa aequitatem iniquum eſt.

Richter anweisen, mehr nach der Billigkeit, als nach dem strengen Rechte zu urtheilen; so sieht ein jeder wohl, daß dieses eine ganz andere Bedeutung haben müsse, als welche jene Vertheidiger der Billigkeit zur Unterstützung ihrer Meinung angenommen haben. Hierher gehört, was Paulus [87]) sagt: In omnibus quidem, maxime tamen in iure, *aequitas* spectanda est; deßgleichen, wenn die Kr. Constantin und Licinius reseribiren: Placuit in omnibus rebus praecipuam esse *iustitiae aequitatisque* quam *stricti iuris* rationem [88]). Man führt auch noch die Worte des Marcellus [89]) an: Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen, *ubi aequitas evidens poscit*, subveniendum. Allein alle diese Stellen beweisen im mindesten nicht, daß die positiven Gesetze, wenn sie hart wären, der Billigkeit weichen müßten. Die erste Stelle ist aus dem *lib.* 15. *Quaestionum* des Juristen Paulus genommen, wo von der Erklärung der Verträge die Rede

est. *Erf.* 1736. *Henr. God.* BAUER Pr. de aequitatis in iure usu. *Lipf.* 1761. *Io. Diet.* MELLMANN Orat. de decisione causarum ex Legibus aequi et boni. *Kilonii* 1778. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. IV. med. 9. u. 10. Westphals Untersuchung der Frage, ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen ausserordentlichen Nothfalls wegen gültig sey? im Niedersächsischen Archiv für Jurisprudenz u. juriſt. Litteratur herausgegeben von D. Koppe 2. Band. N. 27. S. 293 — 305.

87) *L.* 90. *D. de R. I.*

88) *L.* 8. *C. de iudiciis.*

89) *L.* 183. *D. de Reg. Iuris.*

Rede war [90]), und will, daß man nicht bey den Worten ſtehen bleiben, ſondern auf die Abſicht der Contrahenten ſehen ſolle [91]). Die zweyte Stelle redet ebenfalls nur von der geſchickten Anwendung der Geſetze mit billiger Rückſicht auf die wahre Abſicht und den Zweck derſelben. Die letzte Stelle endlich iſt aus der *L. 7. pr. D. de reſtit. in integr.* zu erklären, denn beyde ſind aus dem *lib. 3. Digeſtor.* MARCELLI genommen. Aus dieſer Verbindung ſieht man, daß von dem Falle die Rede war, wo Jemand, welcher im Gericht, ſeiner Sache wegen die Nothdurft zu beobachten, war aufgerufen worden, ſich nicht gemeldet, und daher wegen Verſäumniß ſein Recht verlohren hatte. Er hatte den Aufruf nicht gehört, und nach den Umſtänden, ohne ſein Verſchulden, nicht hören können, und ſuchte daher die Wiederherſtellung in den vorigen Stand. Nichts iſt billiger, als daß hier der Parthey, welche ohne ihr Verſchulden um ihr Recht gekommen, ex clauſula Praetoris generali geholfen werde; daher auch Kr. Antonin ihr ſolche durch ſein Reſcript angedeihen läſſet [92]). Hier iſt alſo eben ſo wenig, wie in den vorhergehenden Geſetzſtellen, zu befinden, daß ein Richter, als ſolcher, ſich herausnehmen dürfe, von einem Geſetze, welches er für unbillig

90) Dieſes erhellet aus der Vergleichung der aus eben dieſem Buche der Quäſtionen des Paulus in den Pandecten vorkommenden Stellen beym WIELING Iurisprud. reſtituta S. 190 und HOMMEL Palingeneſ. iuris.

91) CUIACIUS in Commentar. ad Pauli Quaeſt. und GIPHANIUS in Commentar. ad tit. de Reg. Iur. *ad L. 90. n. 3.*

92) *Iac.* GOTHOFREDUS *Comm. in tit. Dig. de R. I. p. 730. Pet.* FABER *Comm. ad tit. Dig. de Reg. Iur.* h. l.

hält, abzuweichen, vielmehr ergiebt sich aus den angeführten sowohl, als andern Stellen des römischen Gesetzbuchs, daß die dem Richter von den Gesetzen selbst empfohlne Billigkeit darinn bestehe:

1) Daß er nicht bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben, sondern überall auf die Absicht sehen müsse, welche durch das Gesetz unmittelbar erreicht werden soll. *Benignius* leges interpretandae sunt, sagt Celsus [93]), *quo voluntas earum conservetur.*

2) Daß er alle Umstände der Sache in genaue Erwägung ziehe. Sind diese besondern Umstände so beschaffen, daß man nicht zweifeln kann, der Gesetzgeber würde für diesen besondern Fall eine Ausnahme bestimmt haben, wenn er ihn so, wie er sich zugetragen hat, vorausgesehen hätte; so ist es die Pflicht eines billigen Richters, auf den Grund des Gesetzes zum Vortheile desjenigen Rücksicht zu nehmen, der sonst einen unverdienten Nachtheil erleiden würde. Nulla enim iuris ratio, sagt Modestin [94]), aut *aequitatis benignitas* patitur, ut quae salubriter *pro utilitate hominum* introducuntur, ea nos duriore interpretatione *contra ipsorum commodum* producamus ad severitatem.

3) Daß er auf den Zustand und die besondern Eigenschaften und Verhältnisse der Personen Rücksicht nehme, auf deren Handlungen er die Gesetze anwendet. Dieß findet besonders bey der Anwendung peinlicher Gesetze statt. Et omnino, so rescribirt K. Antonin

93) *L.* 18. *D. de Legibus.*

94) *L.* 25. *D. eodem.*

nitt [95]), *ex perſonarum conditione, et rerum qualitate*, diligenter aeſtimandae ſunt poenae, ne quid aut durius aut remiſſius conſtituatur, quam cauſa poſtulabit. Allein nicht blos Criminal-Fälle, ſondern auch bürgerliche Verbindungen ſind, vorzüglich aber die häusliche Geſellſchaft, nach den Regeln der Billigkeit zu beurtheilen. So müſſen z. B. die Rechte der Eheleute, der Eltern gegen die Kinder, und der Herrſchaft gegen das Geſinde immer mit Rückſicht auf die beſondern Eigenſchaften, Umſtände und Bedürfniſſe der Perſonen beſtimmt werden. Wenn daher z. B. der Knecht über ſeinen Herrn Klage führt, daß dieſer ihm allzuſchwere Arbeit auflege; ſo müßte der Richter ſowohl die Bedürfniſſe des Herrn, als die perſönlichen Eigenſchaften des Knechts erwägen, und hiernach ſein Urtheil ſprechen. Weiter beſtehet auch die Erklärung nach der Billigkeit darinn,

4) daß in zweifelhaften Fällen, wo es weder der ausdehnenden noch der einſchränkenden Erklärung an Gründen fehlt, jedoch keine derſelben etwas überwiegendes für ſich hat, der Richter mehr geneigt ſeyn müſſe, die gelindere Meinung vorzuziehen, d. i. diejenige Erklärung anzunehmen, die am meiſten mit dem Naturrechte übereinkommt, oder wenigſtens von der Strenge am meiſten entfernt iſt [96]); Mithin

95) *L.* 4. §. 1. *D. de incendio, ruina etc.* Eben dieſes iſt es, wenn die P. G. O. Carls V. ſo oft den Richter anweißt, nach Gelegenheit und Geſtalt der Perſon die Strafe zu beſtimmen. Z. B. Art. 106. 114. 119. 159. u. a. m.

96) NETTELBLADT Syſtem. elem. Iurispr. poſit. Germanor. commun. general. §. 230. ſagt: *Dicitur* BENIGNA INTERPRETATIO,

5) bey bürgerlichen Streitigkeiten diejenige Art der Auslegung vordringen lasse, nach welcher die Handlung, über deren Gültigkeit gestritten wird, eher bey Kräften erhalten, als zernichtet wird [97]); hingegen

6) in Straf- und Criminalfällen geneigter sey, zu absolviren als zu verurtheilen, oder die Strafe eher zu mildern als zu schärfen [98]).

§. 31.

Eintheilung der Gesetzerklärung in die legale und doctrinelle.

Die Auslegung eines dunklen Gesetzes geschiehet nun entweder vom Gesetzgeber selbst, oder von einem Rechtsgelehrten mit Hülfe und Anwendung der Regeln der Hermenevtic. Im erstern Falle wird die Interpretation eine legale, in dem letztern aber eine Doctrinalerklärung genennt.

TIO, *per quam is sensus pro vero adsumitur, qui legibus naturalibus magis convenit, quam alter, vel saltim a rigore magis alienus est; eaque locum habet, si adest ambiguitas, id est,* PLURES INTERPRETATIONES AEQUE PROBABILES SUNT. *Hinc in L. 9. D. de Reg. Iur. dicitur:* semper in obscuris, quod MINIMUM est, sequimur, *et in L. 3. D. de his, quae in testam. del. haec regula obvenit:* in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustum est, quam tutius.

97) *L.* 12. und 21. *D. de rebus dubiis.*

98) *L.* 42. D. *de poenis. L.* 155. §. 2. *D. de Reg. Iuris.* Man sehe übrigens noch *Marq.* FREHERI Sulpitius, sive de aequitate Commentarius (in *Thes. iuris Rom. Ottoniano* Tom. IV. pag. 370. sqq.) und RIVINUS de benigna ICtorum interpretatione. *Vitemb.* 1752.

genennt. Von beyden Gattungen wird in den nachfolgenden Paragraphen gehandelt.

§. 32.

Von der Authentischen- und Usualinterpretation.

Die legale Gesetzerklärung wird nach der gewöhnlichen Lehrart der Rechtsgelehrten wieder in die authentische und usual Interpretation eingetheilt. Jene ist, wenn der Gesetzgeber selbst und unmittelbar ein dunkeles Gesetz mit deutlicheren Worten erklärt; diese aber, wenn der Gesetzgeber eine in den Gerichten angenommene Erklärung eines dunkelen Gesetzes entweder stillschweigend billiget, oder ausdrücklich befohlen hat, daß man in Fällen, wo die Gesetze nicht deutlich redeten, auf den bisherigen Gerichtsgebrauch sehen solle. Gegen diese Eintheilung wird zwar verschiedenes nicht ohne Grund von einigen Rechtsgelehrten eingewendet, welche nur die Doctrinalerklärung allein für die einzige ächte Gattung der Gesetzerklärung halten wollen, weil der Gesetzgeber nicht wie ein Rechtsgelehrter an die Regeln der Auslegungskunst gebunden sey, sondern den Sinn eines dunkeln Gesetzes nach Willkühr bestimmen könne; mithin in dem Falle vielmehr ein neu Gesetz gegeben werde, wo man dem Oberherrn eine authentische Interpretation zuschreibt; die Usualerklärung aber vielmehr für eine Art des Gewohnheitsrechtes anzusehen sey. In beyden Fällen beruhe also die Kraft der Interpretation nicht sowohl auf richtiger Bestimmung des Sinnes eines dunkeln Gesetzes, sie welche vielmehr öfters von dem richtigen Sinne des Gesetzes ganz ab, sondern die authentische Gesetzerklärung gründe sich auf das Ansehen des Gesetzgebers, von welchem sie geschehen, die Usualinterpretation aber auf die

Observanz und den Gerichtsbrauch [99]). Allein da beyde Arten der Gesetzerklärung in den römischen Gesetzen selbst als solche anerkannt sind [100]); und überdieß doch wohl dem Gesetzgeber die Absicht am besten bekannt seyn muß, die er durch die Worte des Gesetzes erklären wollte, so kann jene Eintheilung allerdings beybehalten werden [1]). Wir bemerken übrigens noch folgendes:

1) Da jedem Richter vermöge seines Amts das Recht zusteht, Gesetze zu erklären, so lange er nach richtigen Regeln der Auslegung den wahren Verstand derselben zu bestimmen vermag; so folgt, daß zur Nothwendigkeit einer authentischen Interpretation nur sodann geschritten werden dürfe, wenn der Sinn eines Gesetzes so zweifelhaft ist, daß er sich schlechterdings nicht nach vernünftigen Regeln der Auslegung mit Gewißheit bestimmen lässet.

2) Un-

99) S. HOLDERRIEDER de princip. interpretat. adaequatis. §. V. et VI. ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. c. I. §. 37. u. 38. CONRADI Observationes iuris civ. pag. 62. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect Spec. II. med. 1. u. a. m.

100) *L.* 1. *L.* 9. *L.* 12. *C. de Legibus. L.* 37. *et* 38. *D. eodem Nov. CXIII. cap.* 1. *princ.*

1) S. NETTELBLADT System. elem. Iurisprud. pos. Germanor. commun. gener. Lib. I. Sect. III. §. 227. und §. 239. HOFACKER Princip iur. civ. Rom. germ. T. I. §. 150. Höpfner im Commentar §. 24. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts. I. Th. S. 106. u. folgg. *Io. Chr.* WOLTAER Observat. iuris civ. et Brandenb. Fascic. I. Obs. I. und *Gottl.* HUFELAND in Praecognitis iuris Pandectarum hodierni (*Ienae* 1795. 8.) §. 42. et 43.

2) Unter dieſer Vorausſetzung findet auch nur bey den Privilegien die authentiſche Auslegung ſtatt [2]). Denn diejenigen ſchränken offenbar die Grenzen der richterlichen Gewalt zu ſehr ein, welche den Richter in einem jeden Falle, da über den Verſtand eines Privilegiums ſich Zweifel ereignen, zum Throne des Landesherrn verweiſen wollen [3]).

3) Ob aber ein ſolcher Fall vorhanden ſey, wo eine interpretatio authentica vom Geſetzgeber ſelbſt zu erwarten, kommt nicht ſowohl auf die Aeuſſerung der einen oder der andern ſtreitenden Parthey, oder deren Sachwalters, ſondern auf das arbitrium iudicis, oder die Beſtimmung des Geſetzgebers an.

4) Auch die authentiſche Erklärung muß dem Sinne und den Worten des Geſetzes gemäß ſeyn; denn indem ſie davon gänzlich abweicht, iſt keine Interpretation, ſondern nun ein neues Geſetz vorhanden, auf welchen Unterſchied ſehr viel ankommt, wenn von der Anwendung des Geſetzes auf vergangene Handlungen [4]) die Frage iſt. (S. 145.) Endlich

5) Da die authentiſche Erklärung ein Theil der geſetzgebenden Gewalt iſt, ſo ſtehet ſie nur dem Landesherrn ſelbſt,

2) L. 191. *D. de Reg. iur.* NETTEBLADT in Syſtem. elem. Iurispr. gen. §. 238.

3) Man ſehe beſonders nach PÜTTER Progr. de iure et officio iudicis circa interpretationem privilegiorum in genere. *Goetting.* 1758. und Deſſelben auserleſene Rechtsfälle I. B. 2. Th. Reſp. XXV. S. 293.

4) Eichmanns Erklärungen I. Th. S. 107.

oder der von ihm angeordneten Gesetzcommission, aber keinesweges den höchsten Gerichten in einem Lande zu [5]).

Soviel hiernächst die Usualerklärung anbetrift, so setzt nun diese voraus,

1) daß das Gesetz wirklich dunkel oder zweifelhaft sey; denn ist das Gesetz klar, und liegt ein offenbarer Irrthum bey dieser Auslegung zum Grunde, so kann sie kein gesetzmäßiges Ansehen behaupten [6]).

2) Sie erfordert die Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts [7]).

§. 33.

Usualerklärung ist ein Theil der gerichtlichen Observanz.

Wenn man unter dem Gerichtsgebrauche (observantia iudicialis) die in den Gerichten bey der Behandlung und Entscheidung streitiger Rechtsfälle angenommene Regel verstehet, die man bisher und schon seit langer Zeit auf eine gleichförmige Art beobachtet hat; so kann wohl diese nicht als ein Theil der Usualinterpretation, sondern letztere vielmehr als ein Theil der erstern angesehen werden [8]). Denn die gerichtliche Observanz betrift entweder blos

5) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. 2. med. 4.

6) CELSUS *in L.* 39. *D. de LL.* sagt: Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

7) HUFELAND cit. Praecognit. §. 44.

8) Man vergleiche hier vorzüglich *Diet. Herm.* KEMMERICHII Diss. de probatione consuetudinis et observantiae. *Ienae* 1732. Sect. I. §. 19.

blos die Procesform, d. i. die Art und Weiſe, ſein Recht vor Gericht zu verfolgen, oder das Recht ſelbſt; und in dieſem letztern Falle kann ſelbige entweder die Auslegung eines zweifelhaften Geſetzes, oder die Entſcheidung eines geſetzlich nicht entſchiedenen Rechtsfalls, die man in den Gerichten angenommen, und zeither befolgt hat, zum Gegenſtande haben. Solche Erfahrungen, die von klugen und aufgeklärten Richtern in der Rechtspflege geſammlet worden ſind, können unſtreitig zur Beurtheilung vorkommender Rechtshändel ſichere und gewiſſe Beſtimmungen darreichen, und haben deſto gröſſern Werth, je weniger oftmals die allgemeinen Geſetze und Verordnungen einem Richter und Advocaten befriedigende Auskunft ertheilen 9). Sie nehmen alsdann, durch die ſtillſchweigende Genehmigung des Landesherrn und die Länge der Zeit unterſtützt, das Gepräge eines Gewohnheitsrechts an, und verdienen nach den ſchriftlich gegebenen Geſetzen den vorzüglichſten Rang 10). Bloße Urtheile und Entſcheidungen der Gerichtsſtühle, oder gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten, inſofern ſie den unſtreitig gel-

9) Hymmens Beyträge zur neueſten juriſtiſchen Litteratur in den Preußiſchen Staaten 1. Sammlung S. 1. ff.

10) Hierher gehört die Stelle des Calliſtratus in *L.* 38. *D. de LL.* In *ambiguitatibus*, quae ex *Legibus* proficiſcuntur, *conſuetudinem, aut rerum perpetuo ſimiliter iudicatarum auctoritatem, vim legis* obtinere debere. In den römiſchen Geſetzen wird dieſer Gerichtsgebrauch durch die Ausdrücke *ius iudiciorum* L. 3. C. de dot. promiſſ. *mos legum uſitatus*, L. 32. C. de Transact. *quotidianus iudiciorum uſus*, §. 6. I. de Satisdat. *ſolitus iudiciorum ordo* L. 4. C. de Sent. et interloc. omn. iudic. und *obſervatio iudicialis*. L. 12. §. 5. Cod. de reb. credit. angedeutet.

geltenden Gesetzen entgegen sind, können aber eben so wenig das Ansehen einer gerichtlichen Observanz behaupten, als den Richter verbinden, dasjenige, was vormahls in ähnlichen Fällen erkannt worden, bey seinen Entscheidungen zu befolgen, gesetzt auch, daß noch so lange auf die nämliche Art gesprochen worden wäre [11]). Denn eines Theils sind Richter eben so wenig, als die Rechtsgelehrten, Gesetzgeber; und andern Theils wird der Richter, wenn er gegen die Praeiudicia seiner Vorfahren spricht, sich immer mit der deutlichen Verordnung des K. Justinians [12]) decken können, welche die Richter anweißt, nicht darnach zu sprechen, was hin und wieder in ähnlichen Fällen ist erkannt worden, sondern jederzeit die Gesetze selbst zur Richtschnur zu nehmen. Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten, welche der sogenannten gemeinen Meinung ein solches Ansehen beylegen wollen, daß der Richter davon eben so wenig, als von einem geschriebenen Gesetz, abweichen dürfe [13]). Allein ich

11) Außer dem vom Hellfeld Not. o. angeführten GRIEBNER haben eben so geurtheilet REINHARTH select. Observat. ad Christinaeum Vol. I. Obs. 3. PUFENDORF Proc. civ. P. III. C. 22. §. 16. Seyfarth im teutschen Reichsproceß Cap. 23. §. 4. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. 1. Abschn. 1. Cap. §. 13. u. a. m.

12) *L.* 13. *C. de Sent. et interlocut. iudic.* Nemo iudex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, *quum non exemplis, sed legibus iudicandum sit;* neque etc. — sed omnes iudices nostros *veritatem,* et *legum* et *iustitiae* sequi vestigia sancimus.

13) Man sehe z. E. GAIL Observat. pract. Lib. II. Obs. 153. n. 5. sqq. und BERLICH P. I. Conclus. 36. nr. 91.

ich kann mich von dieſem Werthe der gemeinen Meinung noch nicht überzeugen, ſondern halte dieſelbe für eine an ſich ſehr mißliche Sache. Denn erſtlich dürfte man wohl erſt noch fragen, was eigentlich die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten in Anſehung einer gewiſſen ſtreitigen Rechtsfrage zu nennen ſey? Soll es hierbey auf die Mehrheit der Stimmen ankommen, ſo möchte ich den kennen, welcher mir mit Gewißheit zu ſagen im Stande wäre, wie viel Rechtsgelehrten die eine, und wie viel die andere Meinung behauptet hätten, um im vorkommenden Falle zu beurtheilen, auf welcher Seite die Mehrheit der Stimmen ſich befinde? Oder ſoll etwa die gemeine Meinung nach der Gröſſe des Anſehens der Rechtsgelehrten, welche dieß oder jenes behauptet haben, beſtimmet werden? ſo geräth man auch hier wieder in ein Labyrinth von relativen Begriffen, aus denen man ſchwerlich einen Ausweg finden möchte. Hätten wir freylich ein ſolches Geſetz, wie weyland die Kaiſer Theodoſius und Valentinian promulgirten [14]), nach welchem in den Fällen, da die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt waren, die Meinung des Papinians den Vorzug haben ſollte, ſo würde ſich das überwiegende Anſehen derjenigen Rechtsgelehrten leicht beſtimmen laſſen, deren Meinung zu befolgen wäre. Allein ſchon Juſtinian ſahe das Unſchickliche einer ſolchen geſetzlichen Verordnung ein, daher er in ſeiner Conſtitution de conceptione Digeſtorum ad Tribonianum §. 6. den Verfaſſern ſeiner Pandecten ſehr nachdrücklich einſchärfte, bey vorkommender Verſchiedenheit der Meinungen in den Schriften der Rechtsgelehrten ja nicht ex multitudine auctorum zu beurtheilen, *quod melius et aequius ſit*, weil zuweilen die Meinung eines an ſich nicht ſo

14) *L. un. Cod. Theodoſ. de Reſponſis prudentum.*

so berühmten Rechtsgelehrten an Gründlichkeit und Scharfsinn die Meinung vieler grosser Rechtsgelehrten übertreffen könne. Gesetzt aber, daß auch alle jene Hindernisse weggeräumt, und die gemeine Meinung entdeckt werden könnte, so wird man doch bey genauerer Prüfung noch immer bestätiget finden, was schon ein berühmter Rechtsgelehrter des vorigen Jahrhunderts [15]) mit eben so viel Wahrheit als Freymüthigkeit sagte, daß gemeine Meinungen der Rechtsgelehrten nicht selten gemeine Irrthümer sind [16]). Aus diesen Prämissen wird sich nun leicht beurtheilen lassen, was von der Behauptung derjenigen zu halten sey, welche den verliehrenden Theil von Erstattung der Proceßkosten befreyet wissen wollen, wenn derselbe die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, oder sogenannte praeiudicia, d. i. Entscheidungen und Urtheile eines oder verschiedener Spruchcollegien, die in einem ähnlichen streitigen Falle ertheilet worden sind, für sich hätte [17]). Unser Verfasser hat sich darüber in der Note o nicht deutlich erklärt. Allein erwägt man, daß es bey den Meinungen der

15) *Casp.* ZIEGLER in Dicaeticis Concluſ. XXXIX. §. 30.

16) Man vergleiche hier vorzüglich de COCCEJI ius civ. controv. Lib. I. Tit. III. Qu. 16. Ich kann hierbey nicht unbemerkt lassen, daß mit den von mir vorgetragenen Grundsätzen auch das neue allgemeine Preußische Landrecht übereinstimmt, in welchen es §. 8. der Einleitung heißt: Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll bey künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden.

17) BRUNNEMANN Proc. civ. Cap. 27. n. 78. LAUTERBACH de expensis victoriae th. 44. LEYSER Spec. LXXXVIII. m. t. Hoffmann teutsche Reichspraxis §. 797. und andere mehr.

der Rechtsgelehrten nicht darauf ankommt, was sie behaupten, oder wie viele unter ihnen einen Satz annehmen, sondern ob und inwiefern Gesetze und Rechtsgründe ihren Lehren beystimmen [18]); so ist in keinem Betrachte abzusehen, wie das bloße Ansehen der Rechtsgelehrten den verliehrenden Theil gegen die Vergütung der Unkosten schützen könne, da er weiß, daß der Richter nicht nach Meinungen der Rechtsgelehrten, sondern nur nach Gesetzen und deren Analogie urtheilen dürfe, folglich von dem Verdachte einer groben Nachläßigkeit nicht freyzusprechen ist. Bedenkt man ferner, daß wenn die Entscheidung des Richters gegen die angeführten praeiudicia iuris ausfällt, sodann vermöge des Urtheils der verliehrende Theil als derjenige zu behandeln sey, der ohne Beystand des Rechts, das, was in andern Fällen erkannt worden, gebraucht, mithin in iure geirret hat, daß überdieß dieser Irrthum ein solcher ist, welchen der sachfällige Theil hätte vermeiden können, wenn er die Thatumstände und Rechtsgründe der beygebrachten Entscheidungen sorgfältiger geprüft, und mit seiner eigenen Rechtssache verglichen hätte; daß es endlich offenbar ungerecht ist, wenn der obsiegende Gegner einen solchen nicht zu entschuldigenden Irrthum des andern Theils mit seinem Schaden durch die Einbusse der Proceßkosten entgelten sollte; erwägt man alles dieses ohne Vorurtheil, so wird man jener Behauptung unmöglich beystimmen können, und es auch gewiß nicht unbillig finden, wenn man in unsern Tagen jene alte Lehrmeinung auszurotten angefangen hat [19]).

Daß

18) *L. un. §. 6. Cod. de vet. iure enucl.*

19) Man sehe vorzüglich D. Ad. Dietr. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation. (Schwerin, Wismar

Daß übrigens die Meinungen angesehener und bewährter Rechtsgelehrten in solchen zweifelhaften Rechtsfällen, die in den Gesetzen entweder gar nicht, oder nicht deutlich entschieden sind, wenn sie mit der Analogie des bürgerlichen Rechts, oder mit den Grundsätzen des natürlichen Rechts übereinkommen, nicht zu verachten sind, hat keinen Zweifel [20]).

Zuletzt bemerkt unser Auctor noch, daß eine Observanz, worin alle oder wenigstens die meisten Rechtscollegia mit einander übereinkommen, Praxis genennt werde. Man verwechsele jedoch hiermit nicht diejenige Bedeutung des Worts Praxis, von der ich oben beym §. 27. gehandelt habe.

Uebrigens sind durch den Gerichtsgebrauch oder eigentlich durch eine Usualerklärung viele neue Rechtslehren und Rechtsmittel eingeführt worden, von denen ich z. B. nur die Provocation ex lege diffamari und ex lege si contendat, ferner das iuramentum perhorrefcentiae nennen will, andere mehrere zu geschweigen [21]).

§. 34.

Wismar und Bützow 1788. und vermehrt 1790. 8.) §. 19. u. 11. und Jacob Fried. Georg Emmerich über die Proceßkosten, deren Erstattung, und Compensation I. Th. (Göttingen 1791. 8.) §. 51.

20) *Io. Wolg.* TEXTOR Diff. de auctoritate Interpretum Iuris. Altorf. 1670. und Quistorp a. a. O.

21) S. *I. D.* WIBEKING. Diff. de incommodis per interpretationes usuales et obſervantias in iurisprudentiam invectis. *Francof.* 1748.

§. 34.

Verſchiedene Arten der Doctrinalerklärung.

Die Doctrinalerklärung der Geſetze iſt wieder von zweyerley Art. Sie iſt entweder bemüht, den Sinn eines Geſetzes blos aus den Worten deſſelben, und deren Bedeutung zu beſtimmen; oder ſie unterſucht den Zweck und die Abſicht des Geſetzgebers, und beſtimmt den Sinn des Geſetzes aus dem Grunde deſſelben. Jene wird die grammatiſche, von andern auch die philologiſche; dieſe aber die logiſche oder philoſophiſche Geſetzerklärung genennt [22]). Letztere geſchiehet, wenn die philologiſche oder grammatiſche vollendet iſt, und kann ohne dieſe nicht beſtehen. Es darf jedoch auch die grammatiſche Erklärung von der logiſchen nicht getrennet werden [23]). Denn eine blos grammatiſche Auslegung, welche Worte klaubt, und nach Spitzfindigkeit haſcht, dabey aber die Abſicht des Geſetzgebers verfehlt, iſt Schikane [24]), oder wie Cicero [25]) die Sache richtig ausdrückt, *callida et malitioſa iuris interpretatio.* Dieſen beyden Arten der doctrinalen

22) S. *I. H.* BOEHMERI *Praefat.* de interpretationis grammaticae fatis et uſu vario in iure Romano, vor BRISSONIUS *de Verb. Significat.*

23) Die Geſetze ſelbſt geben dieſes deutlich zu erkennen. *L. 6* §. 1. *D. de V. S.* und *L. 7* §. 2. *D. de iurisdict.*

24) *L. 29. D. de LL.* wo geſagt wird, daß derjenige gegen das Geſetz handele und ſchikanire, *qui, ſalvis verbis legis, ſententiam eius circumvenit.*

25) *Lib. I. de Officiis cap.* 10.

nalen Gesetzerklärung fügen viele [26]) noch eine dritte Gattung bey, welche sie die politische Gesetzerklärung nennen. Man versteht darunter diejenige Erklärungsart, welche untersucht, ob und in wiefern die Gesetze, deren wir uns bedienen, dem heutigen Zustande und Verfassung unserer Zeiten angemessen, und dahero anwendbar sind, oder nicht. Daß diese Erklärungsart, welche bey Entwickelung des wahren Sinnes der Gesetze, auf die Sitten und Verfassungen derjenigen Zeiten Rücksicht nimmt, für welche sie ursprünglich sind gegeben worden, von grosser Wichtigkeit, ja unentbehrlich sey, um sowohl von den in Teutschland geltenden fremden, als auch einheimischen ältern Gesetzen z. B. der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. eine richtige Anwendung zu machen, hat keinen Zweifel. Denn so kommen z. B. in dem römischen Gesetzbuche viele Verordnungen vor, die sich auf blos römische in Teutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, desgleichen Gesetze, die nach Heidenthum und Despotismus der heidnischen Kaiser schmecken, und auf christliche Staaten durchaus keine Anwendung leiden [27]). Eben so macht auch der seit den Zeiten Carls V. sehr veränderte Zustand der teutschen Staaten viele Verordnungen der P. Gerichtsordnung heutiges Tages ganz unanwendbar. Allein deswegen

26) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. II. §. 8 not. a. *Christ. God.* FELLER Diss. de interpretatione Legum politica. *Altorf.* 1719. HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas Spec. II. med. 3. u. a. m.

27) Zum Beyspiel dient das *iuramentum per genium Principis. L. 2. C. de reb. cred. et iureiur.* Man sehe *Iul. Frid.* MALBLANC doctr. de iureiurando Lib. III. c. IV. §. 67. S. 249. Mehrere Beyspiele liefert *Henr. Ern.* KESTNER de iurisprudentia paganizante. *Rintelii* 1713.

wegen glaube ich doch nicht, daß die sogenannte politische Gesetzauslegung eine besondere Gattung der Doctrinalinterpretation ausmache, sondern ich rechne sie mit zur logischen.

§. 35.

Grundsätze der grammatischen Gesetzerklärung. Juristische Critik.

Alle vernünftige Gesetzerklärung muß nun also von der grammatischen Entwickelung des Wortverstandes ihren Anfang nehmen. Denn Worte sind Zeichen der Gedanken, und das Mittel, den Willen des Gesetzes zu erkennen [28]). Den Sinn der Worte aber bestimmt der Sprachgebrauch, welcher, wie der Werth der Münzen, bald ein allgemeiner, bald ein besonderer seyn kann. Da jedoch Abweichung vom allgemeinen Sprachgebrauche im Zweifel nicht vermuthet wird, so bildet sich nun hieraus die erste Regel der grammatischen Gesetzauslegung: Die Worte eines Gesetzes müssen nämlich so lange in dem Sinne genommen werden, den sie, nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche der Nation, für welche das Gesetz bestimmt war, haben, bis andere zusammentreffende besondere Umstände einen andern Sinn nothwendig machen. Ist nun aber dieser letztere Fall vorhanden, so muß alsdann der besondere Redegebrauch des Gesetzgebers aus-

28) Hierher gehört, was Celsus sehr richtig sagt in der *L.* 7. §. 2. *D. de supell. legat.* etsi prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, *tamen nemo sine voce dixisse, existimatur.*

gemittelt, und zum Maasstabe genommen werden [29])

Worte können ferner in dieser oder jener Verbindung oft eine ganz andere Bedeutung erhalten, als ihnen der Redegebrauch einzeln beylegte. So wie es nun bey Münzen ist, daß nicht blos der Werth der einzelnen Scheidemünze, sondern zugleich auch das Verhältniß, das zwischen ihnen und den gröbern Sorten der Gebrauch festsetzt, den Werth der letztern bestimmt; so hängt nun gleichfalls der Sinn einer Rede nicht blos von dem Sinne der einzelnen Worte, sondern zugleich von dem Werthe ab, den ihnen in ihrer Verbindung der Redegebrauch beylegt. Hieraus ergiebt sich die zweyte Regel der grammatischen Gesetzerklärung: Worte eines Gesetzes sind jederzeit in demjenigen Sinne zu erklären, den ihnen der Sprachgebrauch in der Verbindung, welche sie in dem Gesetze haben, beygelegt hat. Da aber zuweilen Worte auch in ihrer Verbindung einen verschiedenen Sinn zulassen, woraus Zweydeutigkeit der Rede entstehet, so ist nun alsdann, welches die dritte Regel ist, diejenige Bedeutung anzunehmen, welche mit dem Gegenstande, wovon das Gesetz redet, d. i. mit dem Subject und desselben Prädicat am besten übereinstimmt [30]). Auch giebt

29) Diese Regel ist ganz allgemein, und findet auch bey Erklärung anderer Willensverordnungen statt. *L. 69. D. de legat. III.* Non aliter *a significatione verborum* recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse *testatorem.*

30) *L. 67. D. de Reg. Iur.* giebt die Regel: *Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipietur, quae rei ger en*

giebt uns ferner der Grundſatz des gemeinen Menſchenverſtandes, nicht gedankenlos zu reden, eine vierte Regel an die Hand: daß im Zweifel von keinem Worte im Geſetz angenommen werden könne, daß es ohne Bedeutung ſey. Es muß folglich das Geſetz immer ſo erklärt werden, daß kein Wort vergeblich da ſteht, ſondern vielmehr jedes Wort etwas zur deutlichen Beſtimmung und Aufklärung des Willens des Geſetzgebers beyträgt [30]). Da übrigens unſere Geſetzbücher, beſonders das römiſche und kanoniſche, aus den Geſetzen ſehr verſchiedener Zeitalter und Verfaſſer ſind zuſammengetragen worden, ſo ergiebt ſich daraus, welches die fünfte Regel iſt: daß die Worte der Geſetze inſonderheit auch nach demjenigen Redegebrauche zu erklären ſind, welcher den Verfaſſern derſelben nach dem Genius des Zeitalters, in welchem ſie lebten, eigen geweſen iſt. Man darf in der That nur wenig Beleſenheit in den römiſchen

gerendae aptior eſt. Und L 19 *D. de LL.* ſagt: In ambigua voce legis ea potius accipienda eſt ſignificatio, *quae vitio caret*; d. i. wie es *Ant.* FABER in Rational in Pandect h. l. richtig erklärt, per quam fiat, ne quid male et abſurde conſtitutum videatur.

30) CELSUS L. 7. §. 2. *D. de ſupellect. legat.* ſagt: Nemo exiſtimandus eſt dixiſſe, quod non mente agitaverit. Zuweilen iſt es jedoch ſelbſt den römiſchen Rechtsgelehrten begegnet, daß ſie anders gedacht, als ſie geredet haben, und ihre Worte mit ihrer Meinung, oder dem, was ſie eigentlich ſagen wollten, nicht übereinſtimmen. Man ſehe *H. G. van* VRYHOFF Obſervat. iuris civil. cap. XXIV. pag. 124.

Claſſikern haben, ſo wird man bald einen groſſen Unterſchied zwiſchen der Latinität der römiſchen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Inſtitutionen und Pandecten des K. Juſtinians compilirt worden ſind, und derjenigen lateiniſchen Schreibart gewahr werden, welche in den Verordnungen der chriſtlichen Kaiſer und der römiſchen Päbſte herrſcht. Jene iſt noch immer ächte römiſche Schreibart und Zuſammenſetzung [32]), wenn auch gleich der Ausdruck nicht immer ciceronianiſch iſt [33]); allein in den Verordnungen der chriſtlichen Kaiſer leuchtet ſchon überall das ſogenannte patriſtiſche oder Kirchenlatein hervor [34]), doch immer noch erträglicher, als die in den Verordnungen der Päbſte herrſchende, ſchlechte, und mit den gröbſten Idiotismen und Barbarismen verunſtaltete Schreibart, die man überhaupt durch Mönchslatein auszudrücken pflegt [35]).

So

32) *Car. Andr.* DUCKER Opuſcula de Latinitate veter. ICtorum. *Lugd. Bat.* 1711. *Ge. Caſp.* KIRCHMAIERI Opuſcula VI. rariſſima de Latinitate Digeſtorum et Inſtitutionum D. Iuſtiniani Imp. collecta et edita a *Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8.

33) *Herm.* NOORDKERCK Obſervat. iur. Rom. Decad. c. IV. p. 85. ſqq.

34) S. *Chr.* CELLARIUS de barbarism. et idiotism. ſermonis latini cap. VII. Die Urſachen entwickelt ſehr ſchön *Io. Aug.* WOLF oder *Chr. Frid.* POHL in Disp. de latinitate eccleſiaſtica in Codice Theodoſiano Lipſiae 1774. Daß die Geiſtlichen überdies groſſen Einfluß in die Geſetzgebung der chriſtlichen Kaiſer gehabt haben, zeigt *Corn. Wilh. de* RHOER in Diſſert. de effectu religionis chriſtianae in Iurisprud. Rom. Faſc. I. *Groeningae* 1776. 8. Diſſert. III.

35) Ich habe hiervon in meinen Praecognitis iurisprud. Eccleſiaſt. §. 206. pag. 509. umſtändlicher gehandelt.

So unangenehm auch ein ſolches Studium iſt, ſo wenig kann man doch ohne dieſe Kenntniſſe bey der Erklärung jener Geſetze fortkommen. Selbſt der Styl der ältern römiſchen Rechtsgelehrten in unſern Inſtitutionen und Pandecten iſt ſehr verſchieden, je näher dem Zeitalter des **Cicero**, deſto zierlicher; oft aber auch ſehr kurz, und ſchwer zu verſtehen, wie z. B. in den Fragmenten des **Africanus**, **Paulus**, **Papinians**, und **Scävola** [36]). Nicht ſelten miſcht ſich auch die Schreibart des **Tribonians** und ſeiner Gehülfen ein, hierdurch ſind manche Barbarismen in die Fragmente der römiſchen Juriſten gebracht worden, deren man ſie unbillig beſchuldigt hat [37]). Ueberhaupt iſt es bey der grammatiſchen Erklärung der einzelnen Stellen des römiſchen und kanoniſchen Geſetzbuches eine Bemerkung von groſſer Wichtigkeit, daß man immer die Worte des Verfaſſers von den Worten des Compilators unterſcheide, und den Sinn des Auctors einer zu erklärenden Geſetzſtelle nicht mit dem untergeſchobenen Sinne des Compilators verwechſele, welcher oft von jenem ganz verſchieden iſt [38]). Um nun

36) ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. cap. 2. *de Latinitate et ſtilo veterum ICtorum.*

37) Man vergleiche hier vorzüglich *Ioſeph.* FINESTRES ET DE MONSALVO in Hermogeniano *Diſſ. praelimin.* §. 40.

38) *Egregia obſervatio eſt*, ſagt *Herm.* NOORDKERCK Specim. lectionum ſ. Disquiſit. de Lege Petronia Cap. II. §. 15. *quam a ſummo accepimus* CUIACIO, *in legibus explicandis ad duplicem ſaepe ſenſum attendi debere: alterum genuinum, quem ipſe Auctor exprimere volait; alterum, quem* IUSTINIANUS, *ſeu quorum miniſterio uſus eſt Imperator, verbis affixerunt.* Gebrauch haben von dieſer eleganten Bemerkung gemacht *Iac.* GOTHOFREDUS

in jedem Falle diejenigen Bedeutungen der Worte eines Gesetzes zu finden, welche sie in der Verbindung, in welcher sie in dem Gesetze stehen, zu der Zeit, da dasselbe ist gegeben worden, gehabt haben, so dienen uns nun zwar hierbey vorzüglich diejenigen Schriften, welche uns mit dem gesetzlichen Sprachgebrauche bekannt machen [39]); jedoch dürfen

FREDUS in Comment. ad L. 5. Cod. Theod. de testament. und *Iac.* VOORDA Elector. lib. sing. cap. XXII. Ein Beyspiel hiervon giebt die *L.* 15. §. 6. *D. de Satisdat.* Man sehe den 3. Th. dieses Commentars §. 248. Not. 36 und AYRER Diss. de cautione a bonorum immobilium possessore non exigenda. Cap. III. §. 5. Da jedoch Justinian alles dasjenige, was seine Compilatoren aus den ältern Gesetzen und juristischen Schriften zusammengetragen, und in den Worten geändert haben, sich dergestalt zugeeignet hat, als wenn alles von ihm selbst herrührte, *Praef. Digest. Const. I.* §. 7. so wird freylich in solchem Collisionsfalle sensus Triboniani den Vorzug behaupten müssen, so lange derselbe nicht mit andern Stellen, wo Tribonian genuinum et primigenium auctoris sensum deutlicher vorgetragen, im Widerspruche stehet. Man vergleiche noch *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. IV. cap. IV. pag. 163. seq. *I. L. E.* PÜTTMANN Interpret. et Observat. lib. sing. cap. XIX. pag. 89. *Ian.* VALKENAER Diss. de duplici legum quarundam in Pandect. interpretatione. *Lugd. Bat.* 1781. und meine Praecognita iurisprud. ecclesiast. §. 179.

39) Hierher gehören, was die reine lateinische Sprache betrift, vorzüglich *Barn.* BRISSONIUS de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione, studio *Io. Gottl.* HEINECCII et *Iust. Henn.* BOEHMERI *Halae* 1743. fol. und *Io.* WUNDERLICH Additamenta ad BRISSONIUM *Hamburg.* 1778. f. Insonderheit aber, um den Styl der römischen Rechtsgelehrten kennen zu lernen, dienen die Biographien der einzelnen Rechtsgelehrten, dergleichen *Ev.* OTTO vom Servius Sulpicius, P. Alfenus

ſen auch andere Hülfsmittel, als Parallelſtellen, desgleichen Ueberſetzungen, nicht blos griechiſche, wie Theophilus von Juſtinians Inſtitutionen, und die übrigen Verfaſſer der Juſtinianeiſchen Geſetzbücher von den Pandecten und Codex geliefert haben, aus welchen die Baſiliken des

ſenus Varus und Papinian; *N. H.* GUNDLING vom C. Trebatius Teſta; *Ian.* STEENWINCKEL vom C. Caſſius Longinus (Leiden 1778.) *Herm.* OOSTERDYK vom Venulejus Saturninus (OELRICHS *Theſ. nov. Diſſ. Belgicar.* V. I. Tom. II. p. 451.) *G. A.* IENICHEN und *Hier. van* ALPHEN vom Javolenus Priſcus, *C. B.* ACOLUTHUS und *Chr. Gott.* RICHTER vom Neratius Priſcus; *Io.* WUNDERLICH vom L. Voluſius Maecianus; *I. G.* HEINECCIUS von P Juventius Celſus; *Meinard.* TYDEMANN vom Ulpius Marcellus; (OELRICHS *Theſ. nov. D. B. Vol. I. T. I. Nr.* 1.) *van* ECK und *Chriſt. Gottl.* BIENER vom Antiſtius Labeo; HEINECCIUS vom Salvius Julianus; *B. H.* REINOLD vom S. Pompon; *Chr.* RAU vom Claudius Tryphoninus; Ebenderſelbe vom Aurel. Arcadius Chariſius; *Ge.* D'ARNAUD und *Io. Lud.* CONRADI vom Scävola u. a. m. geſchrieben haben. Ueberhaupt vergleiche man FRANCK *vitas tripartitas ICtorum veterum* Halae 1718. 4. und POTHIER in Praefat. ad Pandectas Iuſtinianeas Tom. I. p. 11. ſqq. (*Lugduni* 1782. fol.) Vom Style des Ulpians handelt beſonders *Corn. van* BYNCKERSHOECK Obſervat. iur. Rom. lib. VIII. cap. 15. Soviel die barbariſch lateiniſche Sprache des mittlern Zeitalters anbelangt, ſo iſt vorzüglich zu gebrauchen *Car. du* FRESNE *du Cange* Gloſſarium nach der Ausgabe der Benedictiner, und CARPENTIER Supplement. ad Cangium. S. meine *Praecogn. iur. eccl.* §. 205. not. 11. Zum academiſchen Gebrauche empfehle ich noch *Phil.* VICAT vocabulafium iuris utriusque Tomi IV. *Neapoli* 1760. 8.

Kaisers Leo größtentheils compilirt worden sind [40]); sondern auch ächtlateinische, wie Julians *Epitome latina Novellarum*, deßgleichen die Haloandrinische und Hombergkische Uebersetzung von den griechischen Novellen des Kr. Justinians; ja auch wohlgerathene und nach richtigen Grundsätzen der grammatischen Interpretation geschriebene teutsche Uebersetzungen, wie z. B. der ohnlängst erschienene Versuch über den vierzehnten Titel des zweyten Buchs der Pandecten von Verträgen, nicht vernachläßiget werden [41]). Auch sind die Glossen sowohl des civil- als kanonischen Rechts nicht ganz zu verwerfen [42]). Ein vortreffliches Hülfsmittel, den wahren und ursprünglichen Verstand eines Gesetzes zu ergründen, ist jedoch die Vergleichung aller der aus eben demselben Buche eines Rechtsgelehrten genommenen Stellen in den Pandecten mittelst ihrer Inscription; desgleichen die Verbindung derjenigen Constitutionen des Justinianeischen Codex, welche einerley Ueberschrift und Unterschrift haben, auch ursprünglich zusammengehörten, von den Compilatoren aber getrennt worden

40) Mit diesen sind die *glossae nomicae* zu verbinden, wovon ich §. 62. gehandelt habe.

41) Sammlung der röm. Gesetze auf Befehl K. Justinians verfertigt. I. Th. Pandecten Frankf. und Leipzig 1785. 8. Der Verfasser dieser wohlgerathenen Uebersetzung, der sich in der Vorrede J. P. F. unterzeichnet hat, ist der Herr Geh. Tribunalsrath Höpfner in Darmstadt.

42) Man vergleiche hier *Abr.* WIELING Orat. pro Glossatoribus hinter Desselben *Lectionib. iuris civ.* Traj. ad Rhen. 1740. und *Io.* SAXONII *Halteſledii* Opusc. de glossis Accursianis, absque eis ius civile, quale hodie est in usu, intelligi recte, exercerique non posse. *Basiliae* 1548. 8.

den ſind [43]), wobey Abraham Wielings *iurisprudentia reſtituta* Amſterdam 1727. 8. und C. F. Hommels *Palingeneſia librorum iuris veterum*, Leipzig 1767, und 1768. *Tomi III.* dem Geſetzausleger groſſen Nutzen leiſten.

Es beſchäftiget ſich jedoch die grammatiſche Geſetzerklärung nicht blos allein mit der Beſtimmung des Wortverſtandes, und Bedeutung der Worte, ſondern ſie hat auch noch ein zweytes wichtiges Geſchäft, welches in der Berichtigung und Verbeſſerung des Textes, wenn derſelbe verdorben, desgleichen in der Unterſcheidung des Aechten von dem Falſchen beſtehet, inſofern der Text interpolirt ſeyn ſollte. Man nennt dieſen Theil der grammatiſchen Geſetzauslegung, welcher mit der Wiederherſtellung der Richtigkeit des Textes beſchäftiget iſt, die juriſtiſche Critic [44]). Dieſelbe kann von der grammatiſchen Interpretation nicht getrennt werden, weil ohne dieſe der wahre Wortverſtand eines Geſetzes, den man durch die Sprachkenntniß bekommt, weder feſtgeſetzt, noch ein ſicherer Grund gelegt werden kann, den eigentlichen Sinn des Geſetzes zu be-

43) Dieſes haben mit vielen Beyſpielen beſtärkt *Iac.* LABITTUS in Uſu indicis Pandectarum; *Henr.* BRENCMANN in Diſſ. de Legum Inſcriptionibus; und *Bern. Henr.* REINOLD in Orat. de Inſcript. LL. Digeſt. et Cod. in *Abr.* WIELING *iurispr. reſtit.* Tit. II. Add. *Io. Sal.* BRUNQUELL Proluſ. de utilitate ex diligenti comparatione omnium eiusdem inſcriptionis in Digeſtis capitum capienda. *Ienae* 1724. et in *Opuſcul.*

44) *I. G.* HEINECCII *Praefat.* BYNCKERSHOECKII *Obſervat. praemiſſa*, de artis criticae utilitae in iurisprudentia, deque boni critici officio; auch in Deſſelben *Opuſc. minorib. varii argumenti* Opuſc. III. pag. 23. ſqq.

bestimmen, so lange nicht gewiß ist, daß der Text richtig sey. Diese juristische Critic ist nun zwar in jedem Theile der Rechtsgelehrsamkeit nöthig, jedoch nirgends mehr, als bey der Erklärung der Gesetze des römischen und kanonischen Rechts. Man darf sich auch hierüber eben nicht wundern, wenn man bedenkt, wie die davon noch h. z. T. geltenden Gesetzbücher entstanden sind. Denn erstlich sind die Compilatoren beyder Gesetzbücher mit den Gesetzen, die sie sammleten, oft sehr willkührlich verfahren; statt sie zu excerpiren, und einen kernhaften Auszug aus denselben darzustellen, haben sie dieselben zuweilen ganz verstümmelt, oft Gesetze zerschnitten, und die einzelnen Stücke unter ganz verschiedene Titel gebracht, oft mehrere, welche ihnen gleichen Inhalts zu seyn schienen, in Eins zusammengeschmolzen und dadurch die Gesetze nicht wenig verdunkelt. Nicht selten haben sie auch wesentliche Veränderungen in den Worten der Gesetze selbst vorgenommen, manches hinzugesetzt, manches weggelassen, und hierdurch den Gesetzen zuweilen einen ganz andern Sinn beygelegt. Man nennt dergleichen Interpolationen und Veränderungen, welche die Compilatoren unserer Gesetzbücher in den Worten der Gesetze vorgenommen haben, *Emblemata Triboniani*, *Emblemata Gratiani* und *Raymundi* [45]). Sodann sind zweytens unsere Gesetzbücher mancherley Abschrei-

45) *Chr. Fr. Ge.* MEISTERI Diss. de principio cognoscendi emblemata Triboniani, in *Opuscular. fyll. I.* N. IV. *Io.* CHIFLETII Diss. apologet. de iuris utriusque architectis, Iustiniano, Triboniano, Gratiano et Raymundo, in OTTONIS *Thes. iur. Rom. Tom. I.* pag. 161. sqq. *Io. Chr. Wilh. de* STECK de interpolationibus Raymundi de Penna Forti decretalium compilatoris commentat. Lipsiae 1754. ECKHARDI Hermenevt. iur. Lib. I. c. 6. et c. 8. §. 318. sqq.

ſchreibern und unwiſſenden Leuten in die Hände gerathen, die dasjenige, was ihnen dictiret wurde, oder ſie ſelbſt abſchrieben, oft gar nicht verſtanden. Man erzählt, daß vor Erfindung der Buchdruckerkunſt arme Mädchen ſich durch Abſchreiben der Geſetzbücher ein Heyrathsgut zu verdienen geſucht haben ſollen [46]) Dieſe haben daher durch ihre Unwiſſenheit nicht nur die Worte der Geſetze hin und wieder ganz verdorben, ſondern auch nicht ſelten Randgloſſen mit in den Text hineingebracht, und hierdurch die Geſetze nicht wenig verdunkelt [47]). Sie haben überdies bey den Fragmenten *ex libris ad Edictum* die Worte des Edicts von den Worten des röm. Rechtsgelehrten, wodurch er daſſelbe erläutern wollte; desgleichen bey den Stellen *ex libris Reſponſorum et Quaeſtionum* die Worte des Anfragenden von der Antwort oder ertheilten Belehrung des Rechtsgelehrten nicht immer genau genug unterſchieden [48]). Auch ſind durch unrichtige Interpunction, Trennung zuſammengehöriger oder Zuſammenfügung unterſchiedener Wörter; nicht weniger durch fehlerhafte Abtheilung der Paragraphen eines Geſetzes [49]) viele Stellen unſers römiſchen Rechtskörpers verunſtaltet

46) S. *Io.* MERCERII Conciliator. *Duisb.* 1712. pag. 23.

47) Beyſpiele von ſolchen Gloſſemen hat *Io. van de* WATER Obſervat. iuris Rom. Lib. I. c. 15. Lib. II. c. 9. c. 20. Lib. III. c. 4. Man vergleiche auch WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. c. 2. §. 41. u. folg.

48) S. DUAREN. Anniverſ. Diſputat. Lib. II. c. 28. *M. A.* GALVANUS de Uſufructu c. XI. n. 8. und cap. XIV. in fin. *van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. II. c. 17. §. 208. folgg.

49) So z. B. muß in der *L.* 1. §. 33. *D. depoſiti* vor *eiusdem* geleſen werden eius dem und in der *L.* 6. §. 2. *D. ad SCtum Tre-*

staltet worden. Ich will nichts gedenken von den mancherley Unrichtigkeiten, die durch die Unwissenheit und Nachlässigkeit der Buchdrucker in unsere Gesetzbücher sich eingeschlichen haben; genug es erhellet aus allem soviel, daß die critische Gesetzerklärung oft schlechterdings nothwendig sey.

Die Pflichten des critischen Gesetzauslegers sind nun:

1) die von den Compilatoren verstümmelten Gesetztexte aus den Quellen zu ergänzen und herzustellen;

2) zu untersuchen, ob und in wiefern ein Gesetz von den Compilatoren interpolirt worden sey. Zwar dürfen freylich die sogenannten *Emblemata Compilatorum* nicht verworfen werden, da wo die veränderte Staats- und Rechtsverfassung dergleichen Veränderungen in den Gesetzen nothwendig machte, zumahl da die Verfasser unserer Gesetzbücher hierzu authorisirt waren; allein es ist doch auch gewiß, daß zur richtigen Bestimmung des Wortverstandes dem Ausleger zu wissen unumgänglich nöthig ist, was in dem Gesetz von dem Urheber selbst und was vom Compilator ist, wenn er nicht in unvermeidliche Widersprüche und unauflösliche Schwierigkeiten gerathen will [50]). Nur muß hierin nach richtigen

Trebell. gehören die Worte *sed et ad filium* offenbar noch zum Schluß des §. 1. wie *Io. Conr.* RÜCKER in Observat. Cap. II. §. 3. pag. 91. richtig bemerkt hat, obwohl *Io. Lud.* CONRADI in Observat. iur. civ. p. 32. anderer Meinung ist.

50) Zum Beyspiel kann *L.* 9. §. 2. *D. de supell. leg.* dienen, woselbst die Worte: *utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit*, sich nicht ganz deutlich erklären lassen,

tigen Erkenntnißgründen verfahren werden, damit man nicht Emblemata zu finden vermeinet, wo doch dergleichen wirklich nicht vorhanden ſind [51]). Hierzu wird nun freylich eine genaue Kenntniß der Chronologie der römiſchen Rechtsgelahrtheit, und fleiſige Vergleichung der Quellen, aus denen die Compilatoren geſchöpft haben, vorzüglich der Fragmente des Antejuſtinianeiſchen römiſchen Rechts, d. i. der Ueberbleibſel, die wir noch von einigen Schriften der ältern römiſchen Rechtsgelehrten, nämlich des Cajus, Paulus, Ulpianus, u. a. desgleichen vom Gregorianiſchen, Hermogenia-

laſſen, wenn man nicht ein Emblema Triboniani annimmt. Denn ohne Zweifel war von einem ſolchen Falle die Rede, wo die Sache ſub pacto fiduciae verpfändet war, und der Creditor ein interimiſtiſches Eigenthum hatte; weil aber zu Juſtinians Zeiten dieſe Fiducia aufgehoben war, ſo verwandelte Tribonian die Worte ſi non fiduciae creditoris in *ſi non in uſu creditoris.* So urtheilt auch *Io. van de* WATER Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 10. Indeſſen glaubt *Adrian. Nicol.* MOLLER in Selectis iur. civ. capitibus. *Traj. ad Rhen.* 1763 Cap. IV. §. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. nov. Diſſertat. Belgicar.* T. II. Vol. 2. pag. 134.) daß ſich die Stelle auch ohne Hülfe eines Emblema's erklären laſſe.

51) So hat man z. B. in der *L.* 1. *D. de Legat.* 1. ein dergleichen emblema Triboniani zu finden geglaubt; allein ohne genugſamen Grund, wie Walch ad Eckhardum §. 240. pag. 431. gezeigt hat. *Io. Iac.* WISSENBACHII Emblemata Triboniani. *Franequerae* 1641. 8. enthalten mehrere Beyſpiele ungegründeter Emblematen, welche *Io.* WYBO in Diſſ. de Triboniani ab Emblematibus Wiſſenbachii liberato. *Ultrajecti ad Rhen.* 1729. 4. geſammlet, und widerlegt hat. Beyde Schriften ſind cum praef. HEINECCII *Halae* 1736. 8. wieder aufgelegt worden.

genianischen und Theodosianischen Codex haben, erfordert, um zu beurtheilen, ob das Recht, was uns unter der Aufschrift eines röm. Rechtsgelehrten, oder eines Kaisers vorgetragen wird, wirklich dazumahl üblich gewesen sey [52]). Die Pflicht des Kritikers ist weiter,

3) daß er mit Hülfe der Inscriptionen, welche über den einzelnen Gesetzen der Pandecten und des Codex befindlich sind, sowohl die von den Compilatoren zerrissene Stellen wieder zusammen zu fügen, und hierdurch den Zusammenhang der Rede herzustellen, als auch den sogenannten Legibus fugitivis ihren rechten Platz anzuweisen suche, aus welchen die Compilatoren sie verdrängt haben [53]). Nicht weniger muß er

4) die

52) Zuweilen sind Leges Pandectarum sogar aus dem Novellenrechte interpolirt. Ein Beyspiel giebt die *L. 6. D. de divort.* verglichen mit der *Nov. 22. cap. 7.* Man sehe *Abrah.* WIELING Lection. iur. civ. lib. II. cap. 13. und *Corn. Wilh. de* RHOER Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprud. Roman. Fasc. I. Diss. VI. §. 35. pag. 298. Wie man sich dieses ohne Divination ganz natürlich erklären könne, zeigen ECKHARD in Hermenevt. iur. lib. *I.* cap. VI. §. 236. Not. * und WALCH ad *Eundem* pag. 443.

53) Z. B. die *L. 6. D. de Transact.* stehet ganz am unrechten Orte, und gehört vielmehr zur *L. 1. D. Testam. quemadm. aperiant.* Denn beyde Stellen sind aus des GAII *lib. 17. ad Edictum provinciale* genommen, und die L. 1. §. 1. enthält die abgerissenen Worte der L. 6. de Transact. in ihrem völligen Zusammenhange. Von den sogenannten Legibus fugitivis handelt BCKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. c. 5. §. 169.

4) die durch Unwiſſenheit der Abſchreiber in den Text eingeſchlichenen Gloſſeme von den ächten Worten der Geſetze gehörig zu unterſcheiden ſich bemühen; und endlich

5) die verdorbenen Leſearten verbeſſern. Dieſes muß jedoch immer nur die letzte Zuflucht des critiſchen Geſetzauslegers ſeyn, zu welcher er nie eher ſchreiten darf, als wenn es die höchſte Noth erfordert. Eine ſolche Nothwendigkeit aber iſt nur erſt dann vorhanden, wenn die Worte des Geſetzes, ſo wie ſie lauten, entweder gar keinen oder einen offenbar widerſprechenden Sinn haben. Man emendire aber auch beſcheiden, das heißt, man ändere in dem fehlerhaften Geſetz ſo wenig, als möglich; dieſes geſchiehet, wenn man mit Beybehaltung der Worte nur die Unterſcheidungszeichen ändert, oder einzelne Worte zuſammenfügt oder von einander trennt, oder einzelne Sylben oder Buchſtaben in den Worten ändert. Es laſſen ſich jedoch hiervon keine allgemeine Regeln geben; wollte man ins Detail gehen, ſo würden die Regeln eben ſo unzählig ſeyn, als die Urſachen der fehlerhaften Leſearten ſind [54]). Die Hülfsmittel zur Beurtheilung der Richtigkeit des Textes und Verbeſſerung deſſelben ſind theils alte glaubwürdige Handſchriften [55]), theils

54) S. *Guil.* BESTII ratio emendandi leges. *Ultrajecti* 1707. et ex recenſ. ac cum not. *Io. Wendel.* NEUHAUSII. *Lipſiae* 1745. 8. auch *Abr.* WIELING in *Praefat.* lectionum iuris civ. und ECKHARD Lib. I. c. 2.

55) Von vorzüglichem Werthe iſt zwar die ſehr alte Handſchrift der Florentiniſchen Pandecten, doch kann ſie nicht in jedem Falle bey Beſtimmung der richtigen Leſeart zur Norm dienen, weil es entſchieden iſt, daß ſie auch hin und wieder Feh-

theils Ausgaben [56]) von den juſtinianeiſchen Geſetzbüchern, die von bewährten Handſchriften ſind abgedruckt worden hat. Man ſehe *Sieg. Reich.* IAUCHII Meditat. crit. de negationibus Pandectis Florentinis recte vel male adiectis. *Amſtelod.* 1728. *Io. Gottfr.* SAMMET receptae Lectiones ad IAUCHIUM. Lipſiae 1750. 4. *Io. Conr.* RÜCKER Obſervationes *Lugd. Bat.* 1749. 8. p. 79—151. *Andr. Guil.* CRAMER Diſſ. cui titulus: Lectiones membranae Florentinae. *Kiloni* 1785. 4. ECKHARDUS in Hermenevt. iur. §. 85. et ad Eundem WALCHIUS. Es ſind daher auch andere alte Handſchriften zu Hülfe zu nehmen. Von ſolchen Handſchriften nicht allein der Pandecten, ſondern auch der übrigen Juſt. Geſetzbücher handelt ſehr ausführlich Herr Höfr. WALCH ad Eckhardum Lib. I c. 2. §. 83. pag. 100. ſqq. u. pag. 123. ſqq. pag. 135. ſqq und pag. 140. Auch beſitzt unſere Erlanger Univerſitätsbibliothek einen alten Codex vom Digeſto vetere, welcher ſehr gute Leſearten enthält; z. B. in der *L.* 34. §. 4. *D. de iureiur.* lieſt unſer Codex: hoc iusiurandum de calumnia *aeque patrono parentibusque* remittitur: wo ſelbſt der Codex Florentinus die unrichtige Leſeart *neque patrono neque parentibus* hat, welche mit andern Stellen unſerer Pandecten als *L.* 8. §. 5. *D. Qui ſatisdare cog. L.* 7. §. 3. *de obſeq. parent. et patron. praeſt.* in offenbarem Widerſpruche ſtehet. Ferner in der *L.* 9 §. 8. *D. do Reb. credit.* lieſet unſer Codex ſtatt des ſinnloſen *meus et* weit richtiger *numeret.*

56) Unter den Ausgaben der Pandecten zeichnen ſich zunächſt diejenigen aus, welche die florentiniſche Leſeart enthalten, oder wo ſie wenigſtens zum Grunde liegt; zu dieſen gehören folgende: 1) *Digeſtorum ſ. Pandectarum libri L. ex florentinis Pandectis repraeſentati per Franciſcum* TAURELLIUM. Florentiae 1553. f. 2) *Ius civile MSS. librorum ope infinitis locis emendatum, et perpetuis notis illuſtratum L.* RUSSARDO *auctore.* Lugd. 1560. f. und Antwerp. 1567. 8. und Ebendaſelbſt 1570.

3) *Cor-*

worden. Vorzüglich dienen hierzu auch die Ueberreſte von

3) *Corpus iuris civ. cum notis Ant.* CONTII Pariſ. 1562. Vol. IX. 8. 4) *Digeſta ſ. Pandectae, curante Iac.* VINTIMILLIO. Pariſ. 1548. IX. vol. 8. u. 1550. 5) *Sacr. Princ. Iuſtiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digeſtorum ſ. Pandectarum libri L. opera et diligentia L.* CHARONDAE. Antw. 1575. f. (Am Rande findet man Leſearten aus einem Cod. MS. *Stephani* AUREDANI, welche vortreflich ſind, z. B. die ganz verdorbene Stelle *L.* 7. §. 1. *in fin. D. de captiv. et poſtlim. reverſis* iſt mit Hülfe deſſelben völlig reſtituirt, denn ſtatt *neque viri boni nobis praeſunt*, lieſt codex Auredani: *neque iure omni nobis pares ſunt.* 6) *Corpus iuris G. Chr.* GEBAUERI; welches nach Deſſelben Tode Prof. SPANGENBERG Göttingen 1776. 4. edirt hat; und 7) *Corpus iuris civilis diligentia Io. Fried.* PLITT *denuo editum Hagae Comit. et Francof. ad Moen.* 1789. 8. Auſſer dieſen Florentiniſchen Ausgaben verdienen noch angeführt zu werden 8) *Digeſtorum ſ. Pandectarum iuris civ.* Vol. 5. *Pariſiis ex officina Roberti* STEPHANI 1527. 8. 9) *Digeſtorum ſ. Pandectarum libri L. editi Norimbergae per Gregor.* HALOANDRUM 1529. 4. (Dieſe Ausgabe iſt jedoch mit groſſer Behutſamkeit zu gebrauchen. Ad HALOANDRUM, ſagt *Io. Conr.* RÜCKER in Praefat. Obſervat. et Interpret. pag. 4. *in conſtituenda fragmenti alicuius lectione tuto recurrere, vix unquam poſſumus: cum enim quam plurima audacter nimis ex ingenio paſſim mutaverit, detraxerit, addiderit, dignoſcere iam nulla ratione poſſumus, quae ipſi, quae vero antiquis codicibus, ſi forte quos adhibuit; debeantur.* Man ſehe indeſſen *Andr. Guil.* CRAMER Dispunctionum iuris civ. libr. ſing. Cap. VII. wo Haloander vertheidiget wird. 10) *Digeſtorum ſ. Pandectar. iuris civ. libri L. ad exemplar Florentinum et Haloandrinum nec non vulgatas editiones quam diligentiſſime collati, paſſimque emendati cura Lud.* MIRAEI *Pariſ.* 1552. u. 1553. Vol. VII. 8. und 11) *univerſi iuris civilis in quatuor Tomos diſtributi corpus, opera et ſtudio* PETRI AB ARRA BAUDOZA CRETII.

Lug

den Büchern der Basiliken [57]), denn sie sind aus den griechischen Uebersetzungen und Paraphrasen der Justinianeischen Gesetzbücher compilirt worden, welche nicht lange nach Justinians Zeiten von Männern sind gemacht worden, die zum Theil selbst an dem Text der Just. Gesetzsammlungen gearbeitet, und also auch wohl die besten Handschriften dabey zum Grunde gelegt haben [58]). Einen grossen Schatz der treflichsten Bemerkungen zur Critic, und Berichtigung corrupter Texte wird man endlich in den Schriften der eleganten Rechtsausleger finden, welche sie unter den Titeln *Observationes*, *Interpretationes*, *Emendationes*, *Coniecturae*, *Probabilia*, *Lectiones*, *Membranae*, *Reprehensa*, *Dispunctiones* [59]) u. d. herausgegeben haben [60]).

§. 36.

Lugduni 1593. 4. mehrere noch führt *Henr.* BRENCMANN *in Histor. Pandectar.* Lib. III. c. 4. an. Die besten Ausgaben von den Institutionen, Codex und Novellen findet man beym Walch ad Eckhardum pag. 129. sqq.

57) Carl Hannibal Fabrottus hat die Bücher der Basiliken edirt. Paris 1647. Tom. VII. fol. vollständig sind aber nur 34. Von der Litteratur und dem heutigen Gebrauche derselben habe ich in dem Titel *de origine iuris* §. 62. und 63. gehandelt.

58) Jedoch sind auch die Basiliken mit Behutsamkeit zu gebrauchen. Man sehe ECKHARD Lib. I. c. VII. §. 304. und WALCH ad Eundem pag. 548.

59) Bekannt sind die eleganten Schriften eines *Iac.* CUIACII, *Fr.* HOTOMANNI, *Marc.* LYCLAMA *a* NYHOLT, *Franc. de* AMAYA, *Fr.* DUARENI, *Em.* MERILLII, *Ios.* AVERANII, *Ant.* FABRI, *Ant.* AUGUSTINI, *Elb.* LEONINI, *Ger.* NOODT. *Corn. van* BYNCKERSHOECK, *Balth.* BRANCHU, *Iac.* VOORDAE, *Herm.* NOORD-

§. 36.

Grundſätze der logiſchen Geſetzerklärung.

Iſt nun auf ſolche Art der Wortverſtand eines Geſetzes nach den Regeln der grammatiſchen Interpretation ausgemittelt worden, ſo kommt es weiter darauf an, ob die wahre Abſicht und Willensmeinung des Geſetzgebers durch die Worte erſchöpft worden, oder nicht. Dieſes muß aus dem Zweck des Geſetzgebers oder der Urſache beurtheilt

NOORDKERCK, *Io. Guil.* MARCKART, *Alb.* WIELING, *Io. van de* WATER, *Hub. Greg. van* VRYHOFF, *Ge.* D'ARNAUD, *Pet.* BONDAM, *Io. Conr.* BÜCKER, *Herm.* CANNEGIETER, *B. H.* REINOLDI, *Chriſtfr.* WAECHTLER, *I. Lud.* CONRADI, *Io. Gottfr.* SAMMET, (receptae lectiones ad Iauchium) *I. L. E.* PÜTTMANNI, *Io. Bernh.* KÖHLERI, *Andr. Guil.* CRAMERI, (Dispunctiones iuris civ.) und mehrere andere. Die exegetiſchen Schriften der ältern Rechtsgelehrten findet man in dem Theſauro Ottoniano und Meermanniano. Den Gebrauch dieſer Schriften erleichtert *Car. Ferd.* HOMMELII corpus iuris civ. cum notis variorum. *Lipſiae* 1768. 8. Da jedoch Hommel bey weitem nicht alle Interpretes benutzt, und ſich insgemein auf die oft ganz unrichtigen Indices Legum verlaſſen hat, ſo wäre wohl eine vollſtändigere und mehr berichtigte Ausgabe davon zu wünſchen. Uebrigens iſt hier noch zu bemerken *M. Antonii* DELRIO ex miſcellaneorum ſcriptoribus Digeſtorum, Codicis, Novellarum, Feudorum, nec non Inſtitutionum interpretatio ſtudio *Petri* BROSSAEI *Lugduni* 1590. 4.

60) Was ich von der Kritik des röm. Rechts geſagt habe, läßt ſich zum Theil auch auf die Kritik des canoniſchen Rechts anwenden. Einen Verſuch von einer *critica iuris canonici* enthalten meine Praecognita iuris eccleſiaſtici. Cap. III. Sect. II. pag. 417—513.

werden, weshalb er das Gesetz gegeben hat. Und hierin besteht nun die logische Gesetzauslegung, welche die Absicht und den Beweggrund des Gesetzgebers untersucht, und hieraus beurtheilt, ob man bey den Worten stehen bleiben, oder dieselben ausdehnen oder einschränken müsse. Hat nun der Gesetzgeber selbst den Grund hinzugefügt, der ihn bewogen hat, das Gesetz zu geben, so hat der Ausleger sodann keine weitere Mühe, denselben aufzusuchen; nur muß es gewiß seyn, daß der Gesetzgeber den wahren, wesentlichen Grund im Gesetze angeführet habe. Denn nicht selten haben die Gesetzgeber aus Staatspolitic ihre wahre Absicht verschwiegen, und ihre Gesetze mit allerhand Scheingründen zu coloriren gesucht [61]). Ist aber der Grund dem Gesetze nicht beygefügt, oder ist der im Gesetz angeführte Grund so beschaffen, daß man billig daran zweifeln muß, ob es der wahre wesentliche Grund sey; so ist es Pflicht des Gesetzauslegers, denselben auszuforschen, und hier müssen ihm die Geschichte von der Veranlassung des Gesetzes, Kenntniß der damaligen Staatsverfassung, der Sitten und Gebräuche, auch der zur Zeit der Gesetzge-

61) Man vergleiche hier *Herm. Ern.* RUMPEL Diss. de legum rationibus, quae in ipsis legibus minus accurate exhibentur. *Erfordiae* 1765. Beyspiele aus dem Civilrecht hat auch WALCH ad Eckhardum pag. 26. aus dem canonischen Recht aber habe ich dergleichen in meinen Praecognitis angeführt §. 35. Man hüte sich jedoch, daß man nicht die in den Gesetzen angeführte Gründe ohne Grund für unzureichend hält. Hiervon hat *Frid. Gottfr.* HAUCK in Diss. de rationibus ICtorum veterum falso suspectis *Trajecti ad Rhen.* 1734. sehr ausführlich gehandelt, welche in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissert. Belgicar.* T. I. pag. 314. steht.

ſetzgebung herrſchend geweſenen Meinungen [62]), nicht minder Bekanntſchaft mit der Denkungsart des Geſetzgebers und ſeinen Religionsgrundſätzen [63]), inſonderheit aber die Philoſophie ſelbſt zum Wegweiſer dienen [64]). Schon oben (S. 207.) habe ich vorläufig auch

62) Soz. E. haben die Lehrſätze der Stoiſchen Philoſophie, denen die Röm. Rechtsgelehrten zum Theil ergeben waren, groſſen Einfluß auf die Römiſche Geſetzgebung. Man ſehe BOEHMER Progr. de philoſophia ICtor. vet. ſtoica. *Ev.* OTTO Orat. de ſtoica ICtor. vet. philoſophia. SCHAUMBURG Tr. de iurisprudentia vet. ICt. rom. ſtoica. Ienae 1745. *Phil.* CAULINI Progymnasmata de veterum ICtor. philoſophia. *Neap.* 1779. 4. und *Io.* OLIVIER civilis doctrinae analyſis philoſophica. *Romae* 1777. 4. P. I. cap. 2. Jedoch iſt hierbey diejenige Behutſamkeit nöthig, welche *Io. Guil.* HOFFMANN in Diſp. de dialectica veterum Iureconſultorum, praemiſſ. RIUS *Meletematibus Pandectas*, *Gottfr.* MASCOVIUS ad *Ian. Vinc.* GRAVINAE Origines iuris civ. lib. I. cap. 44. pag. 45. ſqq. und *Ioſ. Lud. Ern.* PÜTTMANN Interpretat. et Obſerv. Iur. Rom. cap. 2. mit Grunde empfehlen. Vorzüglich iſt noch anzuführen Diet. Tiedemann Syſtem der ſtoiſchen Philoſophie. 3. Th. Leipzig 1776. 8.

63) Von dem beſondern Einfluß der chriſtlichen Religion auf die Verordnungen der Römiſchen Kaiſer hat vortreflich gehandelt *Corn. Guil. de* RHOER in Diſſertationibus de effectu religionis chriſtianae in iurisprudentiam Roman. *Gröningae* 1776. 8. Welchen groſſen Einfluß haben nicht ferner die Lehrſätze der katholiſchen Religion auf die Härte der Caroliniſchen Halsgerichtsordnung bey Beſtimmung der Strafen des Kirchendiebſtahls Art. 172? und in andern Fällen mehr.

64) *Chriſt. Gottl.* EINERT Diſſ. de Legum rationibus earumque inveſtigandarum regulis. *Lipſiae* 1771. *Conr. Henr. Andr.* HERMES Comm. de occaſione et ratione legis. *Hanov.* 1754. 4.

noch einer andern Quelle gedacht, woraus man die Absicht des Gesetzgebers beurtheilen kann, von welcher ich nun jetzo noch etwas genauer handeln will. Diese ist die Ordnung und der Zusammenhang eines Gesetzes, oder Stelle mit dem Vorhergehenden und Nachfolgenden des Ganzen, wovon sie ein Theil ist [65]). Zwar kann dieses Mittel auch bey der Auslegung einzelner Gesetze, wenn sie zumahl aus mehrern Puncten oder Capiteln bestehen, allerdings angewendet werden; wie z. B. bey der Güldnen Bulle, dem westphälischen Frieden [66]) u. d. Allein hauptsächlich findet es doch bey ganzen Gesetzbüchern statt. Denn es ist ganz natürlich, daß wenn eine Menge von Gesetzen über einerley Gegenstand unter einem Titel sind gestellet worden, solche nothwendig in einem gewissen Zusammenhange unter einander stehen müssen. Jede Auslegung einzelner Stellen, wenn sie ächt seyn soll, muß daher so geschehen, daß Harmonie derselben mit dem Ganzen, und seinen einzelnen Theilen, die darauf eine Beziehung haben, vorhanden ist. Ich will z. B. nur bey den Gesetzen der Pandecten stehen bleiben. So wenig auch zu läugnen ist, daß in den Pandecten überhaupt eine bessere Ordnung möglich gewesen wäre, so wenig darf man doch die einmal darinn zum Grunde gelegte Ordnung bey Auslegung einzelner Stellen in denselben aus den Augen lassen. Da-

65) *L.* 24. *D. de Legibus.* Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, iudicare vel respondere.

66) Man sehe Joh. Nikl. Fried. Brauers Versuch einer auf den westphälischen Frieden angewendeten Auslegungskunde §. 5. in Desselben Abhandlungen zur Erläuterung des Westphäl. Friedens. I. Band. S. 25. u. fg.

Daher kommt es, daß man zuweilen ein, wenn gleich in allgemeinen Ausdrücken abgefaßtes Geſetz, dennoch wegen der Ordnung des Titels, in welchem es ſteht, blos von gewiſſen beſondern Arten und Fällen erklären muß. So z. B. handelt das ſiebente Buch der Pandecten von perſönlichen Dienſtbarkeiten, das folgende achte aber von dinglichen, und daher muß der erſte Titel des letztern, ſeiner allgemeinen Ueberſchrift (*de Servitutibus*) ungeachtet, doch nur von dinglichen Dienſtbarkeiten, folglich auch die LL. 4. 8. 15. 16. und 18. deſſelben hiervon erkläret werden, obſchon ſie von Dienſtbarkeiten überhaupt zu handeln ſcheinen [67]). Nicht weniger findet ſich auch, wenn gleich nicht immer, unter den einzelnen Geſetzen eines Titels eine gewiſſe Doctrinalordnung und Verbindung [68]), ſo daß oft mehrere derſelben, ob ſie ſchon aus den Schriften ganz verſchiedener Juriſten genommen ſind, nur eine Periode machen, wovon ſogleich die drey erſten Geſetze des erſtern Titels der Pandecten ein Beyſpiel liefern. Andere, die zwar keine Periode zuſammen ausmachen, werden durch die Verbindungswörter nam, enim, ſed, autem, vero, etiam, idem, item igitur, itaque, et, ideo ergo, imo und dergleichen in Verbindung gebracht [69]). Noch andere ſind zwar nicht durch Verbindungswörter, aber doch durch unverkennbaren Zuſam-

67) Eben dieſes hat auch ſchon *Abr.* WIELING Lection. iuris *Lib. I. cap.* 17. bemerkt.

68) Hiervon handelt Herr Kanzler KOCH in Diſſ. de ordine Legum in Pandectis. *Gieſſae* 1784.

69) Z. B. Lib. I. Tit. I. L. 7. u. 8. Tit. II. L. 1. u. 2. Tit. III. L. 1. 2. L. 4—6. 10. 11. 12—14. 20. 21. 26—28. 29. 30. 33—36. 39—41. Tit. V. L. 1—3. 4. 5. 15. 16. Tit. VI. L. 2—4. u. a. m.

sammenhang ihres Inhalts verbunden [70]). Hieraus läßt sich auch erklären, warum Gesetze, die aus den Schriften eines Juristen genommen sind, oft an ganz verschiedenen Orten stehen. Ist also die Ordnung der Gesetze in den Pandecten nicht ganz zufällig, so folgt, daß man bey Erklärung derselben hierauf allerdings Rücksicht zu nehmen habe [71]). Diese wird uns lehren, daß manches Gesetz der Pandecten wegen des Zusammenhangs und Gegenstands des Titels, unter welchen dasselbe von den Compilatoren ist gebracht worden, jetzt allgemein zu verstehen sey, obschon die darin enthaltene Regel von dem römischen Juristen, aus dessen Schriften das Fragment genommen ist, blos zur Entscheidung eines besondern Rechtsfalls, oder zur Erläuterung einer besondern rechtlichen Materie oder Verordnung ursprüglich ist gebraucht worden [72]). Es ist jedoch bey Anwendung der Methode, die Gesetze der Pandecten aus ihrer Ordnung und ihrem Zusammenhange zu erklären, mit grosser Behutsamkeit zu verfahren, theils weil Tribonian nicht überall auf zusammenhängende Ordnung einzelner Gesetze dieselbe Sorgfalt verwandt zu haben scheinet, sondern in manchen Titeln die Gesetze in keiner andern Ordnung zusammengesetzt hat, als in welcher sie den Compilatoren bey der Lectüre der Schriften der Rechtsgelehrten vorgekom-

70) Z. E. Lib. I. Tit. 3. L. 10—13. L. 14—16. L. 32—40. u. d. m.

71) Hiervon hat Hr. Prof. Hufeland in der oben S. 207. Note 80. angeführten Schrift umständlicher gehandelt.

72) Oben S. 60. Not. 12. habe ich bey Gelegenheit der *L.* 18. *D. de poenis* von dieser Auslegungsart gebrauch gemacht.

gekommen ſind [73]); theils weil unleugbar iſt, daß es den Compilatoren an hinlänglicher Geſchicklichkeit und Uebung, eine zuſammenhängende philoſophiſche Ordnung zu beobachten, gefehlt hat. Daher denn in ſolchen Fällen, wo ſchlechterdings kein Zuſammenhang der zu erklärenden Stelle mit den vorhergehenden und nachfolgenden Geſetzen ebendeſſelben Titels zu befinden, oder das zu erklärende Geſetz in dieſer Verbindung einen offenbaren Widerſpruch oder Ungereimtheit zur Folge haben würde, die Cujaziſche Auslegungsart, wobey man auf die Inſcription des Geſetzes, den Namen, Alter, Schreibart und Grundſätze des Juriſten, von dem es herrührt, ſo wie auf die Zuſammenſtellung deſſelben mit dem ganzen Inhalt des Buchs, aus dem es gezogen iſt, Rückſicht nimmt, immer ihren vorzüglichen Werth behält [74]).

Hat

73) Z. B. in dem *Tit.* 4. 14. 16. 18. bis 22. des erſten Buchs der Pandecten. Im *Tit.* 7. *de adoptionibus* läßt ſich nur bis zum *L.* 21. ein Zuſammenhang bemerken, die übrigen Geſetze dieſes Tituls ſcheinen ohne alle Ordnung unter einander zu ſtehen. Auch in *Tit.* 15. des 2. Buchs der Pandecten *de Transactionibus* findet ſich wenig Zuſammenhang. Es ſcheint, daß die Compilatoren nicht ſowohl vor der Zuſammenſetzung eines Titels jedesmal einen ordentlichen Plan entworfen, als vielmehr nur unter den einzelnen dahin gehörigen Fragmenten einigen Zuſammenhang hervorzubringen geſucht haben. S. Hufeland a. a. O. §. V.

74) Ein Beyſpiel giebt uns die *L.* 5. §. 1. *D. de pignor. et hypoth.* wo es heißt: *inter pignus autem et hypothecam tantum nominis ſonus differt.* Dieſes würde mit dem, was in der *L.* 9. §. 2. *D. de pignor act.* von dem Unterſchiede zwiſchen *pignus* und *hypotheca* geſagt iſt, einen offenbaren Widerſpruch verurſachen, wenn uns nicht die Inſcription der *L.* 5. MARCIANUS

Hat man nun nach diesen Regeln den wahren Grund des Gesetzes entdeckt; so findet sich oft, daß die Absicht und Willensmeinung des Gesetzgebers weiter gehet, und mehr in sich fasset, als die Worte ausdrücken. Hier muß das Gesetz nach der Absicht des Gesetzgebers ausgedehnet, und auf alle diejenigen Fälle angewendet werden, welche zwar in den Worten des Gesetzes nicht ausgedrückt sind, bey welchen aber doch der Grund desselben statt findet. So z. B. muß die Verordnung der güldenen Bulle [75]). von der Vormundschaft unmündiger Curprinzen, und der Verweserschaft der Curlande während der Minderjährigkeit nach dem Geist und Absicht derselben allerdings auch auf den Fall erstreckt werden, wenn der rechtmäsige Besitzer der Curlande aus andern Ursachen als wegen Minderjährigkeit, z. E. wegen Gemüthskrankheit oder Blödsinn zur Regierung unfähig seyn sollte. Denn der Grund jener Vormundschaft liegt unstreitig in der vorhandenen Unfähigkeit, sich, sein Vermögen, und seine Lande zu regieren. Ist es nun nicht einerley, ob diese Unfähigkeit sich in Minderjährigkeit oder in Gemüthskrankheit und Blödsinn äussert? Ohne diese Ausdehnung würde auch der Zweck des Gesetzes, den damals so häufigen Streitigkeiten wegen Führung der Wahlstimme bey einem Zwischenreiche zu begegnen, nur halb erreicht worden seyn [76]). So ist es ferner der Absicht

der

CIANUS *lib. sing. ad formulam Hypothecariam* lehrte, daß der Satz des **Marcians** bloß in Rücksicht auf die **hypothecarische Klage** zu verstehen sey, wie **Justinian** dieses auch selbst §. 7. *de actionib.* bestärkt hat.

75) G. B. Cap. VII. §. 3.

76) Man vergleiche hier eine über diesen Gegenstand 1789. erschienene merkwürdige Schrift, unter dem Titel: **Gedanken**

eines

der *Legis Rhodiae* de iactu vollkommen gemäß, wenn man dieſes Geſetz auſſer den Seeſchäden, auch auf Kriegs- und Brandſchäden anwendet, ſo oft der Fall vorhanden iſt, daß Jemand in einer gemeinſchaftlichen Gefahr einen Theil ſeines Vermögens aufgeopfert hat, um das Vermögen der übrigen zu retten. Der Grund der natürlichen Billigkeit zur Vergütung des Schadens nach dem Verhältniß der geretteten Güter iſt hier ganz der nämliche [77]).

Oft gehet im Gegentheil die Abſicht des Geſetzgebers nicht auf alles, was der Ausdruck unter ſich begreift. Hier iſt das Geſetz einſchränkend zu erklären, und blos von denjenigen Fällen zu verſtehen, worauf der Wille des Geſetzgebers unmittelbar abzielt. So z. B. ſchränkt ſich das Verbot des Kaiſers **Marcus** [78]): *ne aliter alimentorum transactio rata eſſet, quam ſi auctore praetore facta*, nach der eigentlichen Abſicht deſſelben blos auf ſolche Alimente ein, welche mir der Erbe noch für die zukünftige Zeit zu leiſten ſchuldig iſt; nicht auf rückſtändige Alimente, weil der Staat von einem ſolchen Vergleiche, der über alimenta praeterita geſchloſſen wird, keinen Nachtheil zu beſorgen hat. Eam tantum transactionem Oratio improbat, ſagt **Ulpian** [79]), quae idcirco fit, *ut quis repraeſenta-*

eines teutſchen Rechtslehrers über das Recht des Prinzen von Wallis zur Interimsregierung von Hannover. 1789. 4.

77) *L. 2. pr. D. de L. Rhod. de jactu.* ſagt: Aequiſſimum eſt, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amiſſas res aliorum conſecuti ſunt, ut merces ſuas ſalvas haberent.

78) *L. 8. pr. D. de Transact.*

79) *L. 8. §. 6. D. eod.*

fentatam pecuniam consumat. Man kann daher sogar über noch zukünftige Alimente auch ohne richterliche Genehmigung einen Vergleich gültig schließen, wenn der Vergleich zum Vortheil des Transigenten gereicht, weil hierdurch weder dem Staate nachtheilige Folgen erwachsen, noch dem Willen des Testators, dem die Versorgung desselben am Herzen lag, zuwider gehandelt wird. *Noluit enim Oratio alimenta per transactionem intercipi.*

Findet sich's endlich, daß die Absicht des Gesetzgebers durch die Worte genau erschöpft ist, so muß man bey den Worten des Gesetzes stehen bleiben, und man darf sodann gerade nur das zur Norm annehmen, was der Gesetzgeber gesagt hat. So z. B. gestatten die Gesetze vom beneficio competentiae keine Erweiterung, und das Verbot des Legis commissoriae geht bloß auf Verpfändungen.

Nach dem Unterschiede dieser Fälle wird die logische Gesetzauslegung in die ausdehnende (*extensiva*), in die einschränkende (*restrictiva*), und in die blos erklärende (*declarativa*) eingetheilt. Die Regeln, worauf sich diese Verschiedenheit der logischen Auslegungsart gründet, sind folgende zwey: a) Wo der Grund des Gesetzes eintritt, da muß auch die Vorschrift desselben beobachtet werden; im Gegentheil b) wo der Grund des Gesetzes nicht statt findet, da fälle auch die Verordnung desselben hinweg. Allein so richtig diese beyden Regeln an sich sind, so schwer ist es, in jedem Falle den richtigen Gebrauch davon zu machen. Denn oft kommen Fälle vor, wo bey einzelnen Subjecten der Grund eines Gesetzes gänzlich wegfällt; und wo

man

man dennoch wider den Willen des Geſetzgebers handeln würde, wenn man darum die Verordnung deſſelben nicht anwenden wollte [80]). Z. B. ſo verordnet der Macedonianiſche Senatsſchluß, daß Keinem, welcher einem filiofamilias Geld dargeliehen hätte, weder bey Lebzeiten, noch nach dem Tode des Vaters eine Klage zuſtehen ſolle, es wieder zu fordern [81]). Der Grund des Geſetzes iſt, damit den filiisfamilias die Gelegenheit zur Ausſchweifung und verſchwenderiſchen Lebensart genommen werde, welche für das Leben und Vermögen der Väter die gefährlichſten Folgen hatte [82]). Man nehme nun den Fall an, daß das Geld einem wohlgeſitteten und ſparſamen Sohne, jedoch ohne Wiſſen und Willen des Vaters, wäre angeliehen worden, der hierdurch keinesweges zur Liederlichkeit wäre verleitet worden, ſondern ſich vielmehr von dem erborgten Gelde etwas angeſchaft, was noch wirklich vorhanden iſt, oder auch einen Theil des Geldes wirklich noch in Händen hätte. Sollte wohl deßwegen die Verordnung des Rathſchluſſes in dieſem Falle nicht ſtatt finden, weil der Grund, des Geſetzes zu ceſſiren ſcheint? Kei-

80) Eben dieſes hat auch *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. V. c. 10. n. 2. ſqq. bemerkt, wenn man ſagt: *Ceſſante legis ratione ceſſat ipſa lex. Locus berclè lubricus et periculoſus. Saepenumero ceſſat ratio legis, nec eo minus praecepto legis adſtringimur. Iura enim non in* SINGULAS PERSONAS, *ſed* GENERALITER *conſtituuntur*, L. 8. D. de Legib. *ac propterea* SI ALIQUA SIT PERSONA *in tota illa univerſitate perſonarum, quam lex comprehendit*, CUI NON CONVENIAT RATIO LEGIS, *non eximitur a praecepto legis.*

81) *L. 1. pr. D. de Senatusc. Macedon.*

82) *§. 7. in fin. l. Quod cum eo, qui in aliena poteſtate.*

Keinesweges [83]); daß Gesetz versagt auch hier dem Gläubiger die Klage, denn die Verordnung desselben ist ganz allgemein. Es ist daher eine wichtige Regel der Hermeneutic, daß von der Anwendung eines allgemeinen Gesetzes in einzelnen Fällen keine Ausnahme gemacht werden dürfe, wenn das Unzutreffende des gesetzlichen Grundes nur aus individuellen und ausserordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subjects hergeleitet wird, das ist, wenn nur gerade ein oder anderes individuum diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bey Personen, Sachen und Handlungen dieser Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Gesetzes ausmacht [84]). Wenn daher z. B. die Gesetze den Unmündigen ein Testament zu machen nicht gestatten, weil es ihnen noch gemeiniglich an der hierzu erforderlichen Einsicht und Verstande mangelt *(quia nullum eorum animi iudicium est)* [85]); so findet dennoch in concreto keine Ausnahme von der Regel statt, wenn auch gleich bey diesem oder jenem Individuum der zum Testiren erforderliche Verstand vor den sonst gewöhnlichen Jahren eingetreten seyn sollte. Denn die Legislation kann nur aufs Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenwerk richten [86]), kann

83) *L.* 9. §. 2. *D. de SCto. Macedon.*

84) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. 4. Abschnitt. §. 64. S. 236.

85) §. 1. *I. Quibus non est permiss. facere test.*

86) *L.* 5. *D. de Legibus.* Ad ea potius debet aptari ius, quae et *frequenter* et *facile*, quam *quae perraro eveniunt.*

kann ihre Vorſchriften nicht auf die Eigenheit eines jeden beſondern Falles, ſondern nur auf ſolche Verhältniſſe und Folgen bauen, welche die Dinge gemeiniglich haben [87]). Solchemnach kann nun freylich unter dem allgemeinen Gegenſtande des Geſetzes manches Individuum vorkommen, bey welchem die Umſtände, die der Geſetzgeber als gewöhnlich vorausſetzt, nicht zutreffen, oder die Folgen, welche gemeiniglich damit verknüpft ſind, nicht zu befürchten ſtehen; allein darum iſt doch nichts deſto weniger nach der allgemeinen Vorſchrift dabey zu verfahren, weil ſonſt der ganze Zweck der Geſetzgebung ſehr leicht vereitelt werden könnte [88]). Ganz anders verhält ſich die Sache, wenn die Urſache, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung nicht anwendbar iſt, nicht von bloſen individuellen und auſſerordentlichen Eigenſchaften eines gewiſſen Subjects hergenommen wird, ſondern wenn andere Verhältniſſe hinzukommen, welche im allgemeinen ſchon durch die Natur der Sache, oder die Vorſchrift anderer Geſetze dergeſtalt beſtimmt ſind, daß bey ihnen gerade das Gegentheil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung ausmacht. Hier kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Geſetzes auf die Unanwendbbarkeit deſſelben geſchloſſen werden [89]). Z. B. Wenn die Geſetze das Geſchäft eines

87) *L. 4. D. eodem.* Ex his, quae forte *uno aliquo caſu* accidere poſſunt, iura non conſtituuntur.

88) Man vergleiche hier vorzüglich *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 1.

89) Weber a. a. O. Seite 238. f.

eines Minderjährigen, wozu desselben Vormund keine Einwilligung ertheilet hat, aus dem Grunde für nichtig erklären, welche solche junge Leute durch Ueberredung und Mangel an gesetzter Ueberlegung leicht um das Ihrige kommen könnten; so sieht ein Jeder, daß dieser Grund in dem Falle cessire, da der Minderjährige zwar ohne Vormund, jedoch als Meister einer gewissen Kunst oder Handthierung einen Contract geschlossen hat. Der Vertrag ist also gültig, und man behauptet mit Recht, daß in einem solchen Falle nicht einmal die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt finde [90]; allein nicht darum, weil gerade dieser minor von der seinem Alter sonst eigenen Flüchtigkeit eine Ausnahme macht; nein, denn es kann bey aller Geschicklichkeit in seiner Kunst dennoch der jugendliche Leichtsinn einen schädlichen Einfluß auf das unternommene Geschäft selbst gehabt haben, sondern weil sich das Geschäft auf ein bürgerliches Verhältniß beziehet, wobey eine ganz andere Regel eintritt, als diejenige, worauf die sonstigen allgemeinen Gesetze von Geschäften solcher Personen sich gründen. Denn darf der Minderjährige eine gewisse Kunst oder Handthierung öffentlich treiben; so würde sich die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zugestehen wollte [91]. Ich setze noch folgende Betrachtungen hinzu:

1) Um von den oben angeführten Regeln *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, und *cessante ratione legis, cessat eius dispositio*, keinen unrichtigen Gebrauch zu machen, ver-

90) S. Hellfeld §. 458. n. 1.

91) Weber a. a. O. S. 239. Not. 7.

vermiſche man die gelegentliche Veranlaſſung des Geſetzes nicht mit dem eigentlichen Grunde deſſelben [92]), und unterſcheide immer den nächſten oder Hauptgrund des Geſetzes, von dem entfernteren oder Nebengrunde [93]).

2) Man vermiſche nicht Gleichheit des geſetzliches Grundes mit einer bloſen Aehnlichkeit deſſelben, und dehne die Verordnung des Geſetzes nicht auf Handlungen aus, welche von dem Gegenſtande deſſelben durchaus verſchieden ſind, und zu einer ganz andern Claſſe von Geſchäften gehören. Wenn alſo z. B. das Geſetz verbietet, gewiſſen Perſonen Geld darzuleihen, ſo läßt ſich mit Grunde nicht behaupten, daß auch derjenige gegen das Geſetz gehandelt habe, welcher ihnen kein Geld ſondern Waaren creditirt hat. Denn geſetzt, daß der Grund, warum das erſtere verboten worden, auch bey dem letztern eintrete, ſo folgt doch daraus nur höchſtens ſo viel, daß der Geſetzgeber das Eine ſo gut, wie das Andere hätte verbieten können, nicht aber, daß der Richter das geſetzliche Verbot auch auf den nicht verbotenen Fall ausdehnen dürfe. Denn ſo lange

92) Ulpian unterſcheidet die Gelegenheit und den Grund des Geſetzes ſehr gut in der *L.* 1. §. 5. *D. de poſtulando*, und ein Beyſpiel, wie wenig ſich eine allgemeine Verordnung darauf einſchränken laſſe, wenn ein einzelner Vorfall dazu die Veranlaſſung gegeben, iſt oben §. 4. S. 50 vorgekommen.

93) Denn es kann ein Nebengrund des Geſetzes in einem vorkommenden Falle exiſtiren, ohne daß deswegen die Anwendung des Geſetzes ſelbſt wegfällt, wie VOORDA a. a. O. pag. 2. gezeigt hat. Man ſehe auch Webers Reflexionen vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts. S. 66. und HOPACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 157.

man zugeben muß, daß Geld ausleihen, und Waaren auf Credit verkaufen, zwey ganz verschiedene Dinge sind, so lange kann auch der Richter darum, weil jenes untersagt ist, noch nicht sofort auch das letztere für unerlaubt erklären, wofern nicht erweißlich ist, daß die Partheyen, um das bürgerliche Verbot zu eludiren, der Sache nur eine andere Wendung gegeben hätten. Z. B. Wenn einer Person, der man kein Geld leihen darf, zu dem Ende Waaren creditirt seyn sollten, damit sie sich durch deren Verkauf baares Geld verschaffen können. In diesem Falle wäre freylich der Handel unerlaubt und unverbindlich, allein nicht sowohl wegen Gleichheit des Grundes, als vielmehr darum, weil in der That die Absicht der Partheyen auf den eigentlich verbotenen Gegenstand selbst gerichtet gewesen ist. Wie leicht sich Gleichheit des gesetzlichen Grundes mit einer bloßen Aehnlichkeit desselben vermischen läßt, und wie nöthig es daher sey, beydes sorgfältig zu unterscheiden, davon geben uns die Mosaischen Eheverbote ein wichtiges Beyspiel. Denn so finden wir oft, daß Moses von zwey dem Grade der Verwandschaft nach gleich nahen Ehen die eine ausdrücklich verboten, die andere aber nicht genannt hat; und dennoch kann nach der richtigen Erklärung der heutigen Theologen sowohl als der Rechtsgelehrten das Verbot auf die nicht genannten Ehen nicht extendiret werden, weil man bey einer genauern Untersuchung gefunden, daß bey denselben nicht eben die Ursachen des Verbots vorhanden sind, als bey den von Mose ausdrücklich verbotenen Fällen. So ist z. E. die vom Mose verbotene Ehe mit der Tante [94]), der von ihm nicht genannten Ehe mit der Niece; desgleichen die von

Mose

94) *III. B. Mos. XVIII. v.* 12. 13. *XX. v.* 19.

Moſe ausdrücklich verbotene Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe [95]), der nicht genannten Ehe mit der Mutter Bruders Witwe dem Grade der Verwandſchaft nach völlig gleich, aber dennoch nicht in dem einen Falle dieſelbe Urſache des Verbots, wie in dem andern Falle vorhanden, und daher darf auch nicht der Schluß von dem genannten auf den nicht genannten Fall gemacht werden, wie der ſeel. Hofr. Michaelis [96]) ſehr gründlich gezeigt hat. Man laſſe ſich alſo nie durch gewiſſe äuſſerliche Umſtände, die unterweilen eine Aehnlichkeit der Fälle veranlaſſen können, irre führen, um dieſe Aehnlichkeit für die Urſache des Geſetzes ſelbſt zu halten, ſondern man nehme viel mehr ſtets auf die wahre Abſicht des Geſetzgebers und den Hauptgrund des Geſetzes Rückſicht, und beurtheile darnach die Aehnlichkeit der Fälle. Endlich dürfen auch 3) die Regeln der Wahrſcheinlichkeit bey der Auslegung nie auſſer Acht gelaſſen werden [97]).

§. 37.

Reſultat der logiſchen Auslegung, Analogie des Rechts.

Alle logiſche Geſetzauslegung beruhet alſo auf dem Grundſatze der Uebereinſtimmung mit der Abſicht und dem Willen des Geſetzgebers, vermöge welchen a) bey vorhandener Gleichheit des geſetzlichen Grundes vermuthet werden

95) *III.* B. Moſ. *XVIII.* v 14. *XX.* v. 20.

96) Abhandlung von den Ehegeſetzen Moſis. VI. Hauptſt.

97) *L.* 24 *D. de reb. dubiis. L.* 54. §. 1. *D. Locati.*

muß, der Gesetzgeber habe in dem nicht ausdrücklich angezeigten Falle eben dasselbe verordnen wollen, was er in dem angezeigten verordnet hat; dahingegen er b) bey Verschiedenheit der Gründe in dem entgegen gesetzten Falle auch das Gegentheil von dem, was er verordnet hat, wolle statt finden lassen. Wer demnach ein Gesetz logisch erklärt, argumentirt *ex ratione legis*, und dehnt entweder nach Maßgabe des gesetzlichen Grundes das Gesetz auf ähnliche Fälle aus, oder schließt vom Gegentheil auf die Unanwendbarkeit desselben. Das Resultat in dem einen, wie in dem andern Falle heißt Analogie des Rechts (analogia iuris) [98]), bey welcher wir uns jetzt noch etwas verweilen müssen. So wichtig dieser Gegenstand an sich ist, so sehr muß man sich billig wundern, daß die Rechtslehrer über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des Rechts noch so getheilt sind. Zu weit dehnen offenbar diejenigen den Begriff der Analogie aus, welche darunter den Schluß von einer allgemeinen Disposition auf einzelne darunter gehörige Fälle verstehen wollen, indem unleugbar ist, daß in dergleichen Fällen die Entscheidung der Sache nicht sowohl aus der Analogie, sondern vielmehr aus dem

98) Hiervon haben geschrieben *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de argumentis legum caute formandis. *Io. Lac.* HOEFLER Diss. de iurisprud. analogicae fundamentis. *Dan.* NETTELBLADT Diss. de decisione casuum secundum analogiam. Halae 1751. Die neuesten Schriften hiervon sind *Car. Henr.* GEISLER Prolus. de analogia iuris publici. Vitemb. 1784. *Andr. Iof.* SCHNAUBERT Progr. de analogia iuris publici Imperii in fontibus iuris publici S. R. I. territoriorum non numeranda. Helmst. 1785. und Wilh. Gottl. Tafinger über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des teutschen Privatrechts. I. Theil. Ulm 1787. 8.

dem Geſetze ſelbſt hergenommen werde. Zu enge Grenzen ſetzet man hingegen dem Begriffe der Analogie, wenn man ihn blos auf Aehnlichkeit der Fälle einſchränkt, und darunter bloß eine extenſive Auslegung der Geſetze verſtehen will; weil man auch dann zu der Analogie ſeine Zuflucht nehmen muß, wenn von entgegengeſetzten Fällen der Entſcheidungsgrund in einer unentſchiedenen Rechtsfrage hergeleitet wird, damit kein Widerſpruch und keine Ungereimtheit entſtehet. Denn wer wird glauben, daß der Geſetzgeber eine ſeiner Abſicht und Willensmeinung zuwider laufende Entſcheidung wolle ſtatt finden laſſen? Mit Uebergehung der Begriffe anderer Rechtsgelehrten ſtelle ich mir unter der Analogie des Rechts überhaupt genommen nichts anders vor, als eine in den Worten des Geſetzes nicht ausdrücklich enthaltene, ſondern aus der Abſicht und den Beſtimmungsgründen des Geſetzgebers gefolgerte Entſcheidung eines unentſchiedenen Rechtsfalls [99]); und theile ſie I) nach der verſchiedenen Art und Weiſe, wie die Entſcheidung ex ratione legis gefolgert wird, ein in diejenige, welche durch ein Argument von ähnlichen Fällen, und diejenige, welche durch einen Schluß von entgegengeſetzten Fällen gefunden wird. Die Analogie der erſtern Art iſt die gewöhnlichſte, und wird daher die Analogie des Rechts im ſtrengſten Verſtande [100]) genennt. Sie differirt auch

99) Herr Prof. Hufeland in Praecognit. iuris Pandectarum hod. §. 52. ſagt ganz richtig: *Analogia iuris* eſt regula iuris, non ex verbis, ſed ex ratione legis deducta.

100) Man vergleiche hier *L.* 10. 11. 12. u. 13. *D. de Legib.*

II) nach dem Unterschiede der positiven Gesetze, aus deren Geiste sie gleichsam gezogen wird; und in dieser Rücksicht läßt sich eine Analogie des römischen, des canonischen Rechts, des teutschen Staats- Privat- Peinlichen - und des Lehnrechts gedenken.

Uebrigens ist bey Anwendung der Analogie große Vorsichtigkeit nöthig. Man hat nämlich

1) darauf zu sehen, daß keine Verschiedenheit der Personen, auf die einerley Rechte sich nicht anwenden lassen, vorwalte. Nach dieser Regel kann daher weder von den römischen Sklaven, noch von den teutschen Leibeigenen auf das heutige Miethgesinde wegen der gar zu grosen Verschiedenheit ein richtiger Schluß gemacht werden. So gilt auch kein Schluß von den römischen Prätoren und den Gouverneurs in den römischen Provinzen auf unsere heutigen Richter. Hierin haben es gleichwohl viele Rechtsgelehrte nicht blos im römischen und teutschen Privatrechte, sondern auch im Staatsrechte und andern Theilen der Rechtsgelahrheit versehen.

2) Es darf der Grund und die Ursache des Gesetzes, welches man analogisch anwenden will, dem vorliegenden Falle nicht entgegen seyn. Daher gilt in Gemäßheit dieser Regel kein Schluß von dem Reichsstaatsrecht auf das Territorialstaatsrecht, weil das teutsche Reich, als ein Staatskörper betrachtet, von den einzelnen Territorien oder kleinern Staaten desselben ganz verschieden ist [a]).

3) Neh-

a) SCHNAUBERT c. l. §. 5.

3) Nehme man jederzeit bey der Analogie der Geſetze auf die beſondere Beſchaffenheit derſelben Rückſicht, ob nämlich das Geſetz, woraus man argumentiren will, überhaupt von der Art ſey, daß eine Analogie darauf begründet werden kann. Es giebt nämlich Geſetze, die ſo geeigenſchaftet ſind, daß bey denſelben keine Schlußfolge von der Aehnlichkeit der Fälle gilt. Dahin gehören einmal diejenigen Geſetze, welche ein beſonderes Recht für gewiſſe Perſonen oder Sachen enthalten [a]). Solche Geſetze laſſen keine Ausdehnung auf andere Fälle zu, als welche in denſelben ausgedruckt ſind, geſezt auch daß bey andern nicht genannten Fällen ein gleicher Grund vorhanden ſeyn möchte; hier gilt vielmehr der Schluß vom Gegentheil: nämlich daß das Geſez dasjenige nicht wolle, was in den Worten deſſelben nicht ausgedruckt iſt [b]). Hierher gehören ferner diejenigen Geſetze in den Pandecten und Codex, welche Auszüge aus den Gutachten der römiſchen Rechtsgelehrten oder den Reſcripten und Entſcheidungen der röm. Kaiſer enthalten. Denn da dieſe ſich auf lauter einzelne Anfragen und vorgelegte beſondere Rechtsfälle beziehen, deren genauere Umſtände uns meiſtentheils unbekannt ſind, ſo kann bey dieſen weder ein Schluß von der Aehn-

a) *L.* 14. *D. de Legib.* Quod *contra rationem iuris* receptum eſt, *non eſt producendum ad conſequentias.* RATIO IURIS heißt hier die Regel des gemeinen Rechts; wie die folgende *L.* 15. lehrt. In his, quae *contra rationem iuris* conſtituta ſunt, non poſſumus ſequi *regulam iuris*: und die nachfolgende *L.* 16. beweißt, daß hier von einem *iure ſingulari* die Rede ſey.

b) *Ger.* NOODT Comment. ad Digeſta Lib. I. Tit. III. pag. 15.

lichkeit der Fälle, noch vom Gegentheile statt finden [4]). Sie sind vielmehr blos nach dem Wortverstande, und, wenn die Worte unbestimmt und nicht genau gefaßt sind, in Gemäßheit bestimmterer Rechtssätze, deren Sinn in andern Stellen aufgeschlossener vor uns liegt, zu erklären; denn die Absicht ihrer Verfasser war nicht in den Rescripten, oder Decreten, oder in den rechtlichen Gutachten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage oder dem vorgetragenen Rechtsfalle gemäß anzuwenden [5]). Da übrigens aus der Inscription des Gesetzes zu erkennen ist, ob dasselbe aus den libris Responsorum s. Quaestionum eines Rechtsgelehrten genommen sey, desgleichen ob ein Lex codicis ein Auszug aus einem kaiserlichen Rescripte oder einem Decrete sey, so erhellet hieraus, was auch von dieser

Seite

4) Eben dieses haben auch schon längst bemerkt *Laur. Andr.* HAMBERGER in Opusculis pag. 59. *Ger.* SCHRODER Observat. iuris. Lib. I. cap. 5. *Bern. Henr.* REINOLDUS in Opusculis a *Juglero* editis pag. 581. *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. Lectionum Iur. Civ. P. II. pap 161. besonders *Adr. Nicol.* MOLLER in Diss. selecta quaedam Iur. Civ. capita continente *Traj. ad Rhen.* 1763. Cap. IV. (in *Ger.* OELRICHS *Thesauro novo Dissertat. Belgicar.* T. II. Vol. 2. Diss. 3. pag. 131. sqq.) auch *I. J. E.* PÜTTMANN in variis Iur. Civ. capitibus. *Lipsiae* 1766. cap. II. pag. 11. und in Exercitat. ad L. XVI. C. de inoff. testam. *Lipsiae* 1774. pag. 21. Daß überhaupt die *argumenta a consequentia* und *a contractia* in unserm iure behutsam zu gebrauchen, und oft sehr trüglich sind, haben *Ger.* NOODT in Iulio Paulo cap. VII. und *Pet. de* TOULLIEU in Collectan. Iur. Civ. Diss. XIII. §. 18. pag. 858. durch viel Beyspiele erwiesen.

5) Siehe *Ger.* NOODT in Diocletiano et Maximiano. Cap. II. und ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. c. V. §. 201. und 221.

Seite die Inſcriptionen der Geſetze in den Pandecten und Codex bey Erklärung derſelben für einen Nutzen haben [6]).

§. 38.

Eintheilung der Rechtsgelahrtheit a) falſche.

Die hier von Hellfeld vorgetragene Eintheilung der Jurisprudenz in *legislatoriam*, *iudiciariam* und *conſultatoriam* iſt, wenn ſie gleich auch von andern vertheidigt wird [7]), doch offenbar falſch [8]), weil ſie nicht aus dem Begriffe der Rechtsgelehrſamkeit hergeleitet werden kann. Denn Rechtsgelahrtheit iſt eine practiſche Wiſſenſchaft der Geſetze, und der aus denſelben entſpringenden Rechte und Verbindlichkeiten; ſie ſetzt alſo ſchon vorhandene Geſetze voraus, alſo kann ſie nicht mit Geſetzen ſich beſchäftigen, die erſt gegeben werden ſollen; mithin kann *prudentia legislatoria*, quae circa ius conſtituendum ſe exſerit, ohnmöglich ein Theil der Rechtsgelehrſamkeit ſeyn. Was anders iſt geſetzgebende Klugheit, oder Politik der Geſetzgebung, welche in der Klugheit beſtehet, die beſten und dem Staate angemeſſenſten Geſetze zu geben. Soviel hiernächſt die vom Auctor angegebene gerichtliche und auſſergerichtliche oder conſultatoriſche Rechtsgelahrtheit anbetrift, ſo iſt dieſes blos

6) Man vergleiche vorzüglich *B. H.* REINOLDI Orat. de Inſcriptionibus LL. Digeſtor. et Codicis. §. XIII. und WIELING ad Eundem *in Opuſculis* S. 581.

7) S. Programmata Thomaſiana (Halae 1724.) Nr. VIII. pag. 115 u. folg. auch HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. I. §. 14.

8) Dieſe Eintheilung verwirft auch NETTELBLADT in Syſtem. element. doctrinar. propaedeuticar. Iurisprud. poſitiv. Germanor. commun. §. 44.

blos eine Unterabtheilung der praktischen Rechtsgelehrsamkeit, von welcher ich beym folgenden Paragraphen handeln werde; allein es sind keine Haupttheile der Jurisprudenz.

§. 39.

b) Wahre Eintheilung der Rechtsgelahrtheit nach Verschiedenheit 1) ihrer Quellen und 2) ihrer Gegenstände.

Richtiger theilt man die Rechtswissenschaft

I) nach Verschiedenheit ihrer Quellen, d. i. der Gesetze, woraus die Rechte und Verbindlichkeiten, welche sie in sich begreift, entstehen, in die natürliche und positive Rechtsgelahrtheit ein, je nachdem die zu ihr gehörige Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten entweder aus den natürlichen oder aus den positiven Gesetzen entspringen. Die positive Rechtsgelehrsamkeit ist in Rücksicht auf Teutschland betrachtet, nach Verschiedenheit der in Teutschland geltenden Gesetze entweder die teutsche, einheimische (*germanica* s. *domestica*) oder die fremde (*peregrina*). Jene hat zu ihren Quellen die teutschen, diese die in Teutschland aufgenommenen fremden Rechte, und nach dem Unterschied derselben läßt sich die letztere wieder in die Römische, Kanonische und Longobardische eintheilen.

II) Nach Verschiedenheit der Gegenstände, worauf sich die aus den Gesetzen entspringenden Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten beziehen, sind die daher entstehenden Theile der Rechtsgelehrsamkeit entweder Haupt- oder Nebentheile; das sind solche, welche nur auf eine gewisse Gattung von Sachen oder Personen sich einschränkende

kende Rechtswahrheiten betreffen. Dahin gehört z. B. das Policeyrecht, das Cameralrecht, das Wechselrecht, Kriegsrecht, Bürgerrecht, Dorf- und Bauernrecht [9]). Soviel nun die Hauptheile der positiven Jurisprudenz anbetrift, so lassen sich dieselben nach ihrem Gegenstande folgendergestalt bestimmen. Die zur Jurisprudenz gehörigen Rechtswahrheiten betreffen entweder die Rechte und Verbindlichkeiten an sich, oder sie betreffen die Art und Weise, wie die rechtlichen Geschäfte betrieben werden müssen. Erstere machen die theoretische, letztere aber die practische Rechtsgelahrtheit aus. Diese letztere, welche von der juristischen Praxi, von welcher wir oben (§. 27.) gehandelt haben, wohl unterschieden werden muß, ist wieder zweyfach, die gerichtliche und aussergerichtliche, je nachdem sie entweder gerichtliche, oder aussergerichtliche Geschäfte, welche ohne alle Beywirkung des Richters betrieben werden, zum Gegenstande hat. Die theoretische Rechtsgelehrsamkeit hat wieder ihre verschiedene Theile. Denn die dieselbe bestimmenden Wahrheiten von den Rechten und Verbindlichkeiten betreffen entweder Verbrechen und deren Strafen, Kriminalrechtsgelehrsamkeit; oder Religion und Gottesdienst, Kirchenrechtsgelehrsamkeit; oder die Lehne und den daraus entstehenden Lehnsnexus, Lehnrechtsgelehrsamkeit; oder die Verwaltung und Regierungsverfassung eines Staats, Staatsrechtsgelehrsamkeit; oder sie betreffen endlich solche Rechte und Verbindlichkeiten, welche unter

9) S. Rettelbladts Vorrede von dem Studium der Nebenzweige der Rechtsgelehrsamkeit zu Gabkens Grundsätzen des Dorf- und Bauernrechts. Halle 1780. 8.

unter Privatpersonen und Unterthanen statt finden, Privatrechtsgelehrsamkeit. 10)

§. 40. und 41.

Von Anwendung der Gesetze. 1) Erfordernisse derselben.

Es ist nun noch die Lehre von der Anwendung der Gesetze zu erörtern übrig. Man verstehet überhaupt unter der Anwendung der Gesetze die Bestimmung dessen, was in einem vorkommenden Falle nach den besondern Umständen desselben den Gesetzen gemäß ist. Es kommt nun in dieser Lehre 1) darauf an: Was zur richtigen Anwendung der Gesetze erfordert wird? Wer ein Gesetz richtig anwenden will, muß

1) auf die besondern Umstände, Eigenschaften und Bestimmungen wohl Acht haben, welche das Gesetz voraussetzt; muß

2) genau prüfen, ob bey dem gegenwärtigen Rechtsfalle diese gesetzlichen Bestimmungen vorhanden sind; und daher

3) sich bemühen, eine richtige und vollständige Kenntniß von der vorgegangenen Handlung und den Umständen derselben zu erlangen. Die Mittel, eine solche Kenntniß zu erwerben, sind

a) das Geständniß desjenigen, gegen welchen ein gewisser Thatumstand behauptet wird, wovon die Entscheidung der Sache abhängt. Ein solches Geständniß kann jedoch nur wider den Bekenner und dessen Erben bewei-

10) Ganz verschieden ist die Theorie des Hrn. Professor Hufelands in seinen Praecognitis §. 1.

beweiſen, einem Dritten aber darf es nicht zum Nachtheil gereichen [11]). Die Lehre von den rechtlichen Folgen eines Geſtändniſſes, je nachdem ſolches vor Gericht oder auſſergerichtlich geſchehen iſt, kommt an einem andern Orte der Pandecten *Lib. XLIV. Tit.* 2.) vor.

b) der Beweiß, wodurch dem Richter die Erzählung oder Behauptung einer Thatſache, worauf es ankömmt, auf rechtliche Art glaubwürdig gemacht wird. Auch dieſe Materie wird an einem andern Orte (*Lib. XXII. Tit.* 3. *ſeqq.*) vollſtändiger vorgetragen werden.

c) Oft müſſen auch rechtliche Vermuthungen die Stelle des Beweiſes, in Ermangelung deſſelben, vertreten. Man verſteht darunter Schlüße, die ſich auf die gewöhnlichen Eigenſchaften und Verhältniſſe der Dinge, und ſolche Umſtände, welche dieſelben gemeiniglich begleiten, und auch daher wahrſcheinlich ſind, gründen. Nehmen die Geſetze ſelbſt gewiſſe Eigenſchaften, Verhältniſſe oder gewöhnliche Folgen einer Sache für Wahrheit an, bis das Gegentheil erwieſen worden, ſo werden ſolche Vermuthungen *Praeſumtiones iuris* genennt. Solche Rechtsvermuthungen befreyen daher denjenigen, welcher ſie für ſich hat, allemahl vom Beweiſe, und wälzen denſelben auf den Gegentheil, der die rechtliche Vermuthung wider ſich hat. Blos menſchliche Vermuthungen, welche in den Geſetzen nicht gegründet ſind, haben hingegen dieſe Wirkung nicht, ſondern adminiculiren nur zum Beweiß, und machen, daß zuweilen auf

11) *L.* 29. *D. de probat. L.* 74. *D. de R. I. c.* 1. *X. de confeſſ. c.* 4. *et* 10. *de probat.*

auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt werden kann. Die rechtlichen Vermuthungen sind nun von sehr verschiedener Art. Einige derselben gründen sich schon in der Vernunft und allgemeinen Rechtsgrundsätzen; z. B. daß die ursprüngliche Beschaffenheit einer Sache vermuthet werde, mithin eine vorgegebene Veränderung jederzeit bewiesen werden muß; — eine Thathandlung, es sey Vertrag, Testament, Verbrechen, oder sonst etwas, nicht vermuthet werde; — ein Irrthum nicht zu vermuthen sey, u. d. m. andere hingegen sind durch die bürgerlichen Gesetze blos willkührlich eingeführt worden. Dahin gehört z. B. daß, wenn bey einer verkauften Sache sich der Mangel in den erstern drey Tagen äussert, angenommen werde, der Fehler sey schon zur Zeit des Verkaufs vorhanden gewesen; oder wenn Eltern und Kinder in einerley Unfall zugleich umkommen, rechtlich vermuthet werde, das unmündige Kind sey eher, das mündige aber später, als die Eltern, verstorben; u. a. m. — [12]). Ganz verschieden von diesen Rechtsvermuthungen sind die gesezlichen Fictionen; denn eine gesezliche Fiction ist eine solche gesezliche Verordnung, vermöge welcher eine Sache für wahr angenommen wird, welche offenbar nicht wahr ist, sondern blos möglich gewesen wäre; bey jenen Präsumtionen hingegen nehmen die Gesetze eine zwar noch ungewisse, aber doch wahrscheinliche Sache für gewiß an. Die rechtliche Vermuthung ist also wirkliche juristische Wahrheit, eine gesezliche

2) S. von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß. (Magdeburg u. Leipzig 1780. 8.) I. Abschn. 2. Cap. S. 27. und folg.

ſetzliche Fiction hingegen nicht, ſondern dieſe verhält ſich zu der Wahrheit, wie ein Gemählde zu der Sache ſelbſt, welche durch das Gemählde vorgeſtellet wird. Sie entlehnt alle Züge von der Wahrheit, und verfolgt ihren Gang, wie der Schatten den Körper [13]). Daher die Regel zu erklären: *fictio idem operatur in caſu ficto, quod veritas in caſu vero.* Dergleichen Fälle, wo die Geſetze etwas fingiren, ſind übrigens ſehr häufig im römiſchen Rechte anzutreffen. So z. B. gründet ſich die Lehre von der Annehmung an Kindesſtatt, von dem Recht des Poſtliminiums, das Korneliſche Geſetz, die alte Querela inofficioſi u. ſ. w. auf Fictionen [14]). Man hüte ſich jedoch vor dem Fehler, Fictionen zu fingiren, in welche diejenigen verfallen, welche Fictionen annehmen, von denen doch kein deutliches Geſetz angegeben werden kann [15]). Endlich muß auch

4) durch **Gutachten der Kunſtverſtändigen** zuweilen die Wahrheit einer Thatſache herausgebracht werden, wenn nämlich die Beurtheilung derſelben nach den Regeln einer beſondern Kunſt oder Wiſſenſchaft geſchehen muß. Dahin gehört, wenn über den wahren Werth einer Sache, oder über die Grenzen zweyer bey einander lie-

13) **Gemeinnützige iuriſtiſche Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin u. Elſäßer 2. Band N. XVI. §. 125.**

14) *A. D.* ALTESERRA Tr. de fictionibus iuris Paris 1659. und *Chriſt.* GMELIN oder vielmehr D. *Chriſt. Iac.* ZAHN Diſſ. de fictionibus iuris romani. *Tubingae* 1787.

15) **Joh. Jac. Prehns Unterſuchung der Frage: ob die Legitimation auſſer der Ehe gebohrner Kinder ſich in einer römiſchen Erdichtung gründe? Roſtock 1777. 4.**

liegender Aecker, oder über vorgegebene Schwangerschaft, und dergleichen Streitigkeiten entstehen. Besonders ist auch in peinlichen Fällen das Gutachten der Kunstverständigen von großer Wichtigkeit, wenn es auf Besichtigung und Section ankommt, um das corpus delicti zur Gewißheit zu bringen. In solchen Fällen gründet der Richter sein Erkenntniß auf das Gutachten und Zeugniß der Kunstverständigen, welches sie schriftlich, und mit Gründen unterstützt, zu den Acten geben müssen. Da Kunstverständige als Zeugen anzusehen sind, so müssen sie, wenn sie nicht sonst schon vereidet sind, oder die Partheyen mit ihrem unbeschwornen Gutachten zufrieden seyn wollen, besonders vereidet werden, weil ein Zeuge keinen Glauben verdient, wenn er nicht beeidiget ist [16]).

§. 42.

2) Verschiedene Art, die Gesetze anzuwenden. Cautelarische Rechtswissenschaft.

Es fragt sich hiernächst II) **auf wie mancherley Art Gesetze auf vorkommende Handlungen angewendet werden können?** Man unterscheide zwey Hauptfälle. Gesetze wendet man entweder an, ehe noch der Fall vorhanden ist, da über Rechte und Verbindlichkeiten gestritten wird, oder sie werden in einem solchen Falle angewendet, da wirklich schon ein Rechtsstreit obwaltet. Im ersten Falle hat die Anwendung der Gesetze die Abwendung künftiger verdrießlicher Processe zum Zweck, und

16) *L. 9. L. 16. C. de testib.* S. Nettelbladt practische Rechtsgelahrtheit. §. 387. (dritte Auflage. Halle 1784.)

und kann auf zweyerley Art geſchehen, a) gerichtlich, durch Beſtätigung oder öffentliche Beglaubigung eines rechtlichen Geſchäfts; z. B. daß man ſein Teſtament gerichtlich übergiebt, oder daß man einen Contract gerichtlich beſtätigen läßt, u. d. b) Auſſergerichtlich, wenn man denjenigen, welcher ein rechtliches Geſchäft vornehmen will, unterrichtet, wie er es auf eine vorſichtige, bündige, und für ihn vortheilhafte Art einzurichten habe. Solche Vorſichtigkeitsregeln, welche bey Verrichtung oder Eingehung eines rechtlichen Geſchäfts zu beobachten ſind, wenn man demſelben eine vortheilhafte Wirkung beylegen, und nachtheilige Folgen verhüten will, werden in dem römiſchen Rechte *cautiones*, ingleichen *heurematita*, von ἕυρημα, inventum oder inventio, denn man erfand ſie, um die Strenge des bürgerlichen Rechts, welche zu manchen Chikanen und Unbilligkeiten Anlaß gab, hierdurch zu mildern, und auf die natürliche Billigkeit zurückzuführen [17]), heutiges Tages aber Cautelen genennt; und derjenige Theil der ausübenden Rechtswiſſenſchaft, welcher dieſer Cautelen lehrt, oder in der Fertigkeit beſtehet, bürgerliche Rechtshandlungen auf eine vorſichtige, bündige und vortheilhafte Art einzurichten, heißt die Cautelar-Jurisprudenz, *Iurisprudentia cavens*, *heurematica* oder *cautelaris* [18]). Zum Beyſpiel dienen die bey den Teſtamenten ſo heilſame Codicillar-Clauſel, — die myſtiſche Erbeinſetzung, — Sociniſche Cautel, — Mucianiſche Caution, — der commiſſoriſche

17) S. *Henr.* BRENKMANN de Eurematicis Diatriba (*Lugd. Batavor.* 1706.) Cap. I.

18) *Io. Nic.* HERTIUS de iurisprudentia cavente. *Giſſae* 1706. und *Io. Gottl.* HEINECCII Commentatio eiusdem argumenti in *Opuſculis minorib. varii argumenti* Opuſc. VIII. S. 301—388.

soriſche Vertrag beym Kauf, Tauſch und andern Contracten auſſer der Verpfändung, — die addictio in diem, der Vorkauf, der Wiederkauf, der Vorbehalt des Eigenthums oder einer Hypothek, das conſtitutum poſſeſſorium u. d. m. Es giebt auch allgemeine Cautelen, welche bey allen, oder wenigſtens bey den mehreſten Geſchäften ſtatt finden [19]). Die gebräuchlichſten Cautelen dieſer Art ſind a) die Begebung verſchiedener allgemeiner Ausflüchte, als: des Betrugs, der Furcht und des Zwanges, des Irrthums, der Verjährung u. ſ. w. b) der Gebrauch der Eidesclauſel, d. i. die Verſtärkung der Verbindlichkeit mittelſt Einſchaltung der Formel: So wahr mir Gott helfe und ſein heiliges Wort. c) die Clauſel *ſub hypotheca bonorum*, oder Verpfändung aller meiner Haab und Güter [20]). d) die Proteſtationen und Reſervationen. Die Cautelen mögen jedoch ſeyn, von welcher Art ſie wollen, ſo müſſen ſie geſetzlich gebilliget ſeyn. Cautelen, die auf den Betrug anderer, oder eine Hintergehung der Geſetze abzielen, und wodurch verbotene Handlungen bemäntelt werden ſollen, ſind unerlaubt und unnütz. So z. B. iſt die Renunciation der Verletzung über die Hälfte [21]), ingleichen die, wenn gleich auf die feyerlichſte Weiſe, geſchehene Begebung der exceptione uſurariae

19) Nettelbladts practiſche Rechtsgelahrtheit 1. Th. 2. Tit. §. 23. S. 17. und folg.

20) *Balth.* TILESIUS de cautela bey Verpfändung aller meiner Haab und Güter. *Ienae* etc. 1745.

21) FRATRUM BECMANNORUM Conſilia et Deciſ. P. I. Reſp. VII. n. 34.

riae pravitatis, allen Rechten nach für ganz unkräftig zu halten [22]), es bleibt daher der wirklich getriebene verbotene Zinswucher unerlaubt und strafbar, er mag unter dem Scheine eines Vergleichs, oder daß die übermäßigen Zinsen etwa freywillig angeboten, oder dem Gläubiger als eine Provision, oder für seine Mühwaltung zugestanden worden, oder, daß der Contract allenfalls als eine Temporalantichresis ohne Rechnung gelten solle, oder als ein Wiederkauf eingerichtet worden, oder unter dem Vorwande, daß die Gelder einem Dritten zugehören, oder als eine Conventionalpoen, oder unter irgend einem andern Deckmantel ausgeübt worden seyn [23]). So wie sich nun unter den römischen Rechtsgelehrten vorzüglich **Herennius Modestinus** [24]) in diesem Theile der Rechtswissenschaft ausgezeichnet hat, so dürfen unter den neuern die Verdienste eines **Stryks** [25]) und **Claproths** [26]) in diesem Fache nicht ungerühmt übergangen werden.

22) LEYSER *Spec. CCXLVI. med.* 8.

23) **Quistorps** Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. 2. Stück. n. IX. S. 151.

24) **Herennius Modestinus** schrieb ein ganzes Buch περὶ Εὑρηματικῶν, aus welchem zehen wichtige Fragmente in den Pandecten befindlich sind, die sowohl vom **Heinrich Brenkmann** in Diatriba de Euretaticis. *Lugduni Batavor.* 1706. 8. als vom *Io.* SCHILTER in Herennio Modestino. *Argentorati* 1687. 4 vortrefflich erläutert worden sind.

25) **Samuel Stryck** hat bekanntermassen de cautelis contractuum, testamentorum und iuramentorum verschiedene Tractate geschrieben.

26) *Iust.* CLAPROTH Iurisprudentia Heuretica. P. I. *Goettingae* 1762. P. II. *Ib.* 1765. 8. Dieser berühmte Rechtsgelehrte gab

hier

Wenn nun aber Gesetze in einem solchen Falle angewendet werden, da wirklich schon Streitigkeiten über Rechte und Verbindlichkeiten obwalten; so kann die Anwendung derselben auf dreyerley Art geschehen; a) vom Richter, wenn er einen Rechtsstreit nach den Gesetzen untersucht, und entscheidet; b) von einem Advocaten wenn er das Recht seines Clienten vor Gericht ausführt, und denselben vertheidiget; c) von den Partheyen selbst, wenn sie ihr Recht durch Klage oder Einrede verfolgen.

§. 43.

III) Wen verbinden die Gesetze eines Staats?

Die Lehre von der Anwendung der Gesetze macht endlich III) noch die Erörterung der Frage nöthig, wen die Gesetze eines Staats verbinden? Gesetze in so fern sie in dem oben (§. 4. S. 45.) angegebenen eigentlichen Verstande genommen werden, können ihrem Begriffe nach nur blos die Unterthanen verbinden, welche der obersten Gewalt und Majestät desjenigen Staats unterwor-

hierauf den dritten Theil seiner *iurisprudentiae hevrematicae*, welcher die Lehre von Testamenten und andern letzten Willen enthält, zu Göttingen im Jahr 1782. in teutscher Sprache heraus, welches ihn veranlaßte, auch die beyden vorhergehenden Theile ins Teutsche zu übersetzen, welche unter dem Titel: Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte, zu Göttingen 1786. 8. erschienen sind. Diesen ist noch beyzufügen Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, insonderheit von Schuld- und Pfandverschreibungen. Tübingen 1790. 8.

worfen ſind, in welchem ſie ſind gegeben worden. Da nun die Geſetze in Teutſchland entweder Reichs- oder Landesgeſetze ſind, ſo hat es nun, was die erſtern anbetrift, keinen Zweifel, daß ſie alle diejenigen, die der Majeſtät des Reichs unterworfen ſind, ſie ſeyen, wes Standes ſie wollen, mithin auch ſelbſt die teutſchen Reichsſtände verbinden [27]). Soviel hingegen die teutſchen Landesgeſetze anbetrift, ſo iſt nun die Frage ob auch der Landesregent an die von ihm gegebenen Geſetze gebunden ſey? unter den Rechtsgelehrten ſehr ſtreitig [28]).

27) Die Reichsgeſetze ſind zugleich in Anſehung der Reichsſtände, mit deren Einwilligung ſie gemacht worden, als Verträge anzuſehen. S. Carl Fried. Gerſtlachers Corpus iuris germanici publ. et privati 1. B. 1. Cap. S. 24. und 32. Auch ſogar die römiſchen und kanoniſchen Rechte gelten als beſtätigte gemeine Reichsrechte in den Privatrechtsſachen der erlauchten Perſonen in Teuſchland, ſofern nicht etwa durch Familienverträge oder Obſervanz ein anders iſt beſtimmt, und in Anſehung ihrer feſtgeſetzet worden. S. LEYSER Spec. XLI. med. 5. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. V. m. 2. PÜTTER de normis decidendi ſucceſſionem illuſtrium controverſam §. 13. und folg. v. Selchows Rechtsfälle 2. Band S. 70. folgg. und Weſtphals Abhandlung von dem Gebrauch des juſtinianeiſchen Rechts in dem teutſchen Staatsrechte und der Privatrechtsgelahrtheit der erlauchten Perſonen des teutſchen Reichs. Halle 1779. 4.

28) Man vergleiche *Andr. Ioſ.* SCHNAUBERT Diſſ. de principe Legibus ſuis obligato *Ienae* 1793. und dieſe Abhandlung teutſch unter dem Titelt Auch der Regent iſt an die von ihm gegebenen Geſetze gebunden: mit einigen Anmerkungen und Zuſätzen von Doct. Emanuel Fried. Hagemeiſter. Roſtock und Leipzig 1795. 8. Joh. Chriſt. Maiers allge-

Diejenigen, welche sie bejahen, berufen sich theils auf den bekannten Ausspruch des Prätors: *Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur*, theils auf einige andere Stellen des römischen Gesetzbuchs, in welchen einem Regenten die Beobachtung seiner Gesetze empfohlen wird [29]). Andere hingegen, gestützt auf den bekannten Grundsatz des Ulpians [30]): *Princeps legibus solutus est*, wollen den Landesherrn von der Verbindlichkeit seiner Gesetze ganz freysprechen. Allein die Beweise, die man für und wider die Sache aus dem römischen Rechte beybringt, sind von keinem sonderlichen Gewicht. Denn offenbar geht jener

allgemeine Einleitung in das Privatfürstenrecht überhaupt. Tübingen 1783. Kap. IV. §. 51. u. 52. Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts. Band I. Heft 2. Nr. 4. S. 160—185. und Heft. IV. Nr. 10. S. 457—469. HOMMEL Rhapsod. Quaest. For. Vol. III. Obs. 480. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts Th. II. §. 227. Carl Heinr. Heydenreichs Grundsätze des natürlichen Staatsrechts, und seiner Anwendung. Th. I. S. 164. folg. und Wilh. Aug. Frid. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts nach dem System des Hofr. Runde 1. Band (Stuttgard 1796. 8.) §. 5.

29) *L.* 4. *C. de LL. et Constitut. Princip.* Digna vox est maiestate Regnantis, *legibus alligatum se Principem profiteri*; und *L.* 3. *C. de testament.* Nihil tam proprium imperii est, *quam legibus vivere*. Daß es allerdings vieles beytrage, bey den Unterthanen Gehorsam gegen die Gesetze einzuflößen, wenn sie bemerken, daß der Fürst selbst Achtung dafür hat, ist ausser Zweifel.

30) *L.* 31. *D. de Legib.* Ueber diese Stelle ist viel commentirt worden. Die verschiedenen Schriften hat Mayer a. a. O. §. 51. Not. 53. S. 133. vollständig angeführt.

jener Ausſpruch des Prätors nur die Richter an, welche aus Partheylichkeit von den Geſetzen abweichen; und ob der Grundſatz des Ulpians ganz allgemein oder nur einſchränkend zu verſtehen ſey, iſt theils unter den Rechtsgelehrten noch gar nicht ausgemacht [31]); theils iſt auch überhaupt

31) Viele Rechtsgelehrte wollen dieſe Stelle nur von den unter dem Kr. Auguſt gegebenen *legibus caducariis* verſtehen, weil dieſelbe laut der Inſcription aus ULPIANI *lib.* 13. *ad Legem Iuliam et Papiam* genommen iſt. So denken *Iac.* CUIACIUS *lib. XV.* Obſervat. cap. 30. *Iac.* LECTIUS in Orat. de vita et ſcriptis Ulpiani Tom. I. *Theſauri iuris Ottoniani* p. 62. *Iac.* GOTHOFREDUS in Notis ad Leg. Iuliam et Papiam *cap.* 30. *Ant.* AUGUSTINUS de LL. et SCtis cap. 18. *Iac.* GUTHERIUS de officiis Domus Auguſtae Lib. I. c. 31. *Ger.* NOODT in Orat. de Lege regia. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Syntagm. Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 2. n. 66. u. a. m. Andere erklären die Stelle Ulpians von ſolchen Geſetzen, welche blos Solemnia iuris betreffen; als DONELLUS in Comment. iuris civ. Lib. I. cap. 17. Noch andere, als *Em.* MERILLIUS Obſervat. iuris Lib. VIII. c. 19. und *Io. Car. van* WACHENDORF de principe legibus ſoluto, Cap. I. §. 6. und folgg. (*in Triade Diſſertationum. Trajecti ad Rhen.* 1730. 8.) haben hingegen jene Meinungen widerlegt, und zu zeigen geſucht, daß die *L.* 31. *D. de LL.* allgemein, und von allen bürgerlichen Geſetzen zu verſtehen ſey. Für dieſe Meinung ſtreitet auch die Allgemeinheit des Titels *de Legibus, SCtis* etc. in welchem die Stelle Ulpians befindlich iſt. Wäre es nun auch allenfalls für den K. Auguſt oder ſeine Nachfolger ein Privilegium geweſen, daß ſie von der Verbindlichkeit der ſogenannten *Legum caducariarum* eximirt waren, ſo konnte doch gewiß Juſtinian, wie er ſeine Pandecten verfertigen ließ, hierauf nicht mehr zielen, weil er in der *L. un. pr. Cod. de caducis tollendis* überhaupt jene Geſetze aufgehoben hatte.

noch die Frage, ob dieſer Satz in Teutſchland für eine Norm des Staatsrechts gelten könne? Man unterſcheide alſo vielmehr, ob von Landesverträgen und Staatsgrundgeſetzen, oder von Privatgeſetzen die Rede iſt, welche der Landesherr aus geſetzgeberiſcher Macht promulgirt hat. Den Landesgeſetzen der erſtern Art iſt das Oberhaupt des Staats allerdings unterworfen, denn ſie verbinden ihn und ſeine Nachfolger als Verträge. In Anſehung der letztern iſt hingegen wieder zwiſchen der Privat- und zwiſchen der öffentlichen Perſon des Landesherrn ein Unterſchied zu machen. Wird der Landesherr als Privatperſon betrachtet, ſo iſt er, wie die übrigen Unterthanen im Lande, an ſeine Geſetze gebunden. Entſteht daher in ſolchen Privatſachen ein Streit zwiſchen dem Landesherrn und ſeinen Unterthanen, ſo ſollen dergleichen Proceſſe nach Vorſchrift der neueſten Wahlcapitulation [32]) bey den ordentlichen Landesgerichten in erſter Inſtanz entſchieden werden [33]). Es iſt demnach der

32) Art. XIX. §. 6.

33) Schon vorher, eher jene Beſtimmung in die neueſte Wahlcapitulation aufgenommen wurde, hatte die Beſchwerlichkeit der Austrägalinſtanz die meiſten teutſchen Landesherrn veranlaßt, ſich in ihren Streitigkeiten mit ihren Unterthanen durch Verträge den ordentlichen Landes-Dicaſteriis zu unterwerfen. Man vergleiche Strubens gründlichen Unterricht von Regierungs- und Juſtiz-Sachen Sect. III. §. 12. *Ge. Frid.* MARTENS Diſſ. de foro S. R. I. Principum cum ſubditis ſuis litigantium. *Goett.* 1780. §. 29. Man ſehe indeſſen hierbey Joh. Bapt. Schue Gedanken über die Rechtsbeſtändigkeit des Art. 19. §. 6. Capitulat. noviſſ. im Betreff der Klagen teutſcher Unterthanen gegen ihre Landesherrn. Wezlar 1791. 8. und Ebendeſſelben

der Natur der Sache gemäß, daß ein solcher Rechtsstreit zwischen dem Landesherrn und seinen Unterthanen auch nach den Gesetzen des Landes zu entscheiden sey, da die im Staate angeordneten Gerichtshöfe an die bürgerliche Ordnung und Vorschriften des Staats gewiesen sind [34]). Wenn ich behaupte, daß der Regent in seinen Privatverhältnissen den bürgerlichen Gesetzen seines Staats unterworfen sey, so lassen sich eigentlich zwey Fälle gedenken. — Es ist entweder von den Privathandlungen und Geschäften des Fürsten selbst, oder von Privathandlungen der Unterthanen, welche sich auf den Fürsten, nach seiner Privatperson, beziehen, die Rede. Im letzern Falle ist die Frage, ob die Unterthanen in ihren Handlungen und Geschäften mit dem Fürsten, seiner Privatperson nach betrachtet, an die Gesetze des Staats und gemeinen Regeln des Privatrechts gebunden sind, vollends keinem Zweifel ausgesetzt. Man setze also den Fall, daß ein Unterthan in seinem Testamente den Fürsten zum Erben eingesetzt hätte, ohne die in den Gesetzen des Landes vorgeschriebene Form beobachtet zu haben. Hier stünde dem aus einem solchen ohne die

ben rechtliche Prüfung der Verträge und Gewohnheiten zwischen teutschen Landesherrn und Unterthanen mit Rücksicht auf zu beschränkende reichsgerichtliche Jurisdiction. Wezlar 1792. 8.

34) REINHARTH Observat. ad *Christianei* Decision. Vol. I. Obs. 10. Hiermit stimmt auch das Neue Gesetzbuch für die Preußischen Staaten in der Einleitung §. 87. überein, wo es heißt: Auch Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Oberhaupte des Staats und seinen Unterthanen sollen bey den ordentlichen Gerichten, nach den Vorschriften der Gesetze, erörtert und entschieden werden.

die gesetzliche Form vorgenommenen, und also ungültigen Geschäfte des Unterthans formirten Anspruche des Fürsten auf Seiten der dabey interessirten Gegenparthey unstreitig ein ius quaesitum ex lege entgegen, welches hier, wo es offenbar nur blos um Privatinteresse zu thun ist, vom Fürsten, nicht einmal aus Landesherrlicher Machtvollkommenheit, so geradezu aufgehoben werden könnte. Tritt also vollends der Fürst als Kläger auf, um seinen Anspruch wider die Gegenparthey im Wege Rechtens zu verfolgen, so ist ja die Entscheidung dem ordentlichen Richter der Gegenparthey zu überlassen, der, in Ermangelung eines besondern, zum Vortheil des Fürsten sprechenden Privilegiums, nicht anders als nach den Gesetzen des Landes erkennen darf[35]). Was nun aber die Privathandlungen und Geschäfte des Fürsten selbst betrift, so läßt sich als allgemeine Regel annehmen, daß die bürgerlichen Privatgesetze des Staats in der Regel bey allen Privatverhältnissen, und Privatgeschäften des Fürsten ihre Anwendung finden, soweit nicht die mit seiner Privatperson so innigst vereinigte Fürstenperson dieselbe

35) Hiermit stimmt auch das röm. Recht selbst überein: *L.* 8. §. 2. *D. de inoff. testam.* §. *ult. I. Quib. mod. testam. infirmant. L.* 4. *Cod. de LLbus. L.* 3. *Cod. de Testam.* Merkwürdig ist der Entscheidungsgrund, den PAULUS *Lib. IV. Sentent. Receptar. Tit. V.* §. 3. braucht, wenn er sagt: Eum enim, qui leges facit, pari majestate legibus obtemperare convenit, und hieraus beweisen will, daß auch ein solches Testament, worin der Fürst zum Erben eingesetzt worden ist, doch als inofficiös angefochten werden könne.

ſelbe überflüſſig oder unmöglich macht[36]). So z. B. iſt die Gültigkeit eines fürſtlichen Privatteſtaments nach den bürgerlichen Geſetzen des Staats zu beurtheilen, welchen auch die Unterthanen bey Errichtung ihrer Privatteſtamente unterworfen ſind[37]). Dahingegen leidet die Anwendung der bürgerlichen Privatgeſetze bey den Privathandlungen des Fürſten einen Abfall, wenn zur Gültigkeit gewiſſer Geſchäfte und Contracte der Unterthanen die oberherrliche Genehmigung, oder ſonſt eine öffentliche Auctorität erfordert wird[38]); oder die bürgerlichen Geſetze eine gewiße Handlung nicht ſowohl zum Beſten des Handelnden, ſondern vielmehr zur Strafe für ungültig erklärt haben[39]). Es kann überdem das gemeine bürgerliche Recht bey manchen Privatgeſchäften und Familienverhältniſſen der teutſchen Landesfürſten darum nicht eintreten, weil bey ihnen gewiſſe Inſtitute rechtlich hergebracht ſind, auf welche dieſe Geſetze nicht paſſen, oder weil vermöge einer erlaubten Autonomie dieſen Geſetzen derogirt iſt[40]).

Ich komme nun auf den andern Hauptfall, wenn man nämlich den Landesherrn nach ſeiner öffentlichen Perſon, folglich als Regenten, betrachtet, in dieſer

36) Man ſehe hier beſonders nach Majer in der angef. Einleitung in das Privat-Fürſtenrecht §. 52.

37) S. *Franc. Ioſ.* BODMANNI Comment. de arduo inter teſtamentum Principis S. R. I. publicum et privatum diſcrimine. (*Moguntiae* 1784.) §. XI. et XIII.

38) *L.* 34. *Cod. de Donation. L.* 14. *D. de Manumiſſion.*

39) GROTIUS de iure belli et pacis Lib. II. cap. XIV. §. 6. Majer a. a. O. S. 147.

40) Danz in dem angef. Handbuch 1. Band S. 14.

ser Rücksicht ist nun derselbe 1) an diejenigen Privatgesetze nicht gebunden, deren Grund und Zweck bey ihm keine Anwendung finden kann, oder deren Beobachtung oder Nichtbeobachtung in Ansehung des Regenten gleichgültig ist [41]). Denn der Regent hat sich nicht seiner eigenen Regierungsgewalt unterworfen. Er hat auch keinen Vertrag geschlossen, sein eigener Gesetzgeber in politischer Hinsicht zu seyn. Nach seiner öffentlichen Person stehet ferner 2) dem Landesherrn das Recht zu, seine Gesetze, wenn es die Wohlfarth seines Staats nothwendig macht, wieder aufzuheben oder abzuändern, und 3) in sofern das ius quaesitum anderer dadurch nicht beeinträchtiget wird, in einzelnen Fällen sich sowohl als andern Unterthanen eine Dispensation oder Privilegium dagegen zu ertheilen [42]).

Uebrigens sind nun alle Unterthanen eines Landesherrn, ohne Unterschied, sie mögen geistlichen oder weltlichen Standes seyn, den Gesetzen desselben unterworfen. Denn wenn gleich die geistlichen einen befreyeten Gerichtsstand haben, so dürfen sie sich doch, da sie ohne Zweifel als Bürger im Staate anzusehen sind, den bürgerlichen Gesetzen desselben keinesweges entziehen, in sofern sie nicht die Gesetze selbst hiervon eximiren [43]). Zwar suchte Innocenz III [44]) die

41) S. HARTLEBEN in Meditat. ad Pandectas Specim. VIII. medit. 11.

42) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 224.

43) Mit Recht schreibt *Petr. de* MARCA de concordia Sacerdotii et Imperii Lib. II. c. VII. §. 8. *Quia clerici, non tantum qua clerici, sed etiam qua cives sunt, spectantur in republica,* legibus Principum tenentur, *nisi earum gratiam aut libertate generali, toti clero indulta, aut alicui ordini ex beneficio Regum consecuti sint.*

44) *cap. 6. X. de maiorit. et obedient.*

die Geistlichkeit von der weltlichen Obrigkeit völlig loszureissen, und dieselbe unter das Joch des geistlichen Despotismus zu ziehen; allein in unsern Tagen siehet selbst der aufgeklärte Katholik dieses Unternehmen als einen unbefugten Eingriff in die geheiligten Rechte der Majestät an, welches der Vernunft und heiligen Schrift entgegen streitet [45]).

§. 44.

Verschiedene Gattungen der Unterthanen in Absicht auf die Verbindlichkeit der bürgerlichen Gesetze eines Staats.

Die Unterthanen eines Staats lassen sich nun in Beziehung auf die Art und Weise, wie sie der höchsten Gewalt im Staate unterworfen sind, unter verschiedene Classen bringen. Vor allen Dingen muß ich aber bemerken, daß nicht der bloße Aufenthalt im Territorium, sondern die mit demselben verknüpfte stillschweigende oder auch ausdrückliche Einwilligung in die Abhängigkeit gegen die Landeshoheit, welche in der Absicht, um an den bürgerlichen Vortheilen des Staats Antheil zu nehmen, geschehen, denjenigen, welcher sich in einem Staate befindet, zum Unterthan desselben macht [46]). Hieraus folgt, daß sich die Oberherrschaft des Staats über die Unterthanen desselben weiter nicht erstreckt, als in soweit sich diese unterwürfig gemacht haben, und

45) S. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccleſiaſt. P. I. Cap. VIII. §. 119. folgg. u. §. 353. vorzüglich aber Jos. Val. Eybels Einleitung in das katholische Kirchenrecht (Frankf. u. Leipzig 1779-8.) 2. Th. 2. Buch 2. Hauptst. §. 112.

46) J. J. Moser von der deutschen Unterthanen Rechten und Pflichten. Frankf. und Leipz. 1774. 4.

und sich haben unterwerfen können. Da nun die Menschen sich auf dreyerley Art der höchsten Gewalt im Staate unterwerfen können, nämlich entwedrr in Ansehung ihrer Person, oder in Ansehung ihrer Güter, oder in Ansehung ihrer Handlungen, die sie in einem fremden Lande unternehmen, so entsteht hieraus eine dreyfache Classe von Unterthanen. Die erstere Classe machen diejenigen aus, welche ihren Wohnsitz in einem Lande erwählt haben, in der Absicht, daselbst zu bleiben; diese werden Einwohner *(incolae)*, und wenn sie besonders mit liegenden Gütern ansässig, und von der vornehmen Classe der Unterthanen sind, Landsassen [47]) genennt. Solche Unterthanen sind an alle Gesetze des Landes, in welchem sie ihr Domicilium haben, gebunden, so lange nicht besonders in Ansehung des einen oder des andern eine Ausnahme gemacht worden ist. In foro domicilii können sie daher aller Forderungen wegen verklagt werden; ja nach den Gesetzen des stäten und wesentlichen Aufenthalts ist der Zustand ihrer Person, mit den davon abhangenden Rechten, z. B. ob jemand für mündig oder unmündig, ehelich oder unehlich, u. s. w. zu halten sey, lediglich zu beurtheilen [48]). Die andere Classe von Unterthanen machen diejenigen aus, welche nur allein Güter in einem Lande besitzen, ohne daselbst zu wohnen. Diese werden *forenses*, Eingesessene und Begüterte genennt, obwohl auch diese Benennungen von jenen der erstern

47) *H. C.* GEISLER de Landsassiatu libellus primus. *Marburgi* 1780. 8.

48) Westphalsteutsches und reichsständiges Privatrecht. 1. Th. 3. Abh §. 6. u. folgg. *Io. Th.* SEGER Diss. de vi legum et decretorum in territorio alieno. Lipsiae 1777. §. 5. p. 17. besonders HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 4.

erſtern Gattung gebraucht zu werden pflegen. Solche ſind ordentlicher Weiſe dem Landesherrn, in deſſen Territorium die ihnen gehörigen Güter liegen, für ihre Perſon nicht unterthänig; nur in Anſehung der Güter kommt demſelben die Landeshoheit, und den Beſitzern die derſelben entſprechende Unterthänigkeit zu [49]). Daher auch die letzteren nur in ſofern den Geſetzen des Landes unterworfen ſind, als ſie die liegenden Güter betreffen, weil ſie in ſofern auch den Schutz und die Sicherheit im Staate zu genieſſen haben. Beyde jetzt erwähnte Claſſen von Unterthanen werden beſtändige genennt, von welchen alſo diejenigen zu unterſcheiden ſind, welche blos für zeitige Unterthanen (*ſubditi temporarii*) gehalten werden. Dieſe machen die dritte Claſſe von Unterthanen aus, und man verſteht darunter ſolche, welche ſich nur eine Zeitlang in einem Lande aufhalten, und entweder daſſelbe blos durchreiſen, oder auch Geſchäfte halber ſich daſelbſt befinden. Dieſe ſind nur in Anſehung der Handlungen, die ſie in dem Lande vornehmen, den Geſetzen deſſelben unterworfen.

Solche zeitige Unterthanen müſſen ſich alſo den Geſetzen des Orts, wo ſie ſich aufhalten, unterwerfen:

1) wenn ſie daſelbſt Proceſſe führen. Denn es iſt ein unbeſtrittener Grundſatz, daß in allen Dingen, welche den Proceß und die Art des gerichtlichen Verfahrens betreffen,

49) So iſt es ordentlicher Weiſe, inzwiſchen kann auch zuweilen nach der Verfaſſung einzelner Länder, wie z. B. in Sachſen, der Güterbeſitz in einem Lande die völlige Unterthänigkeit bewirken, welches man den vollen Landſaſſiat nennt. S. *Lud.* MENCKEN de vi ſuperioritatis territorialis in territoriis clauſ. §. 8—13.

betreffen, lediglich die Gesetze des Forums, wo der Rechtshandel obschwebt, zu beobachten sind [50]).

2) Müssen zeitige Unterthanen auch die Gesetze des Landes, wo sie sich aufhalten, befolgen, wenn sie daselbst rechtliche Geschäfte vornehmen, zu deren Gültigkeit eine gewisse Form erfordert wird; z. B. wenn sie daselbst Verträge schliessen, oder ein Testament machen. Denn es ist eine bekannte Regel, daß die äussere Form und Gültigkeit rechtlicher Geschäfte nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen sey, wo die Handlung vorgenommen worden [51]). Hieraus folgt a) daß ein jeder Vertrag, welcher da, wo er geschlossen worden, erlaubt und gültig ist, allenthalben seine Gültigkeit behaupte, wenn er gleich mit den Gesetzen desjenigen Landes, wo daraus geklagt

50) *C. F.* HOMMEL Rhapsod. Quaest. For. Obs. CCCCIX. n. 10. und 16. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit § 95. S. 448. ff. SEGER in der oben angeführten Diss. §. 10. *Car. Fr.* BOESCHEN Diss. de vi legum civil. in subditos temporarios, praes. *A. F.* SHOTT. Lipsiae 1772. §. XXXI. sqq. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 8.

51) Westphal a. a. O. §. 2. S. 32. HOMMEL a. a. O. SEGER cit. Diss. §. V. pag. 17. *Io. Nic.* HERTIUS Diss de collisione legum. Sect. IV. Weber a. a. O. §. 62. S. 219. Danz im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Band §. 53. S. 180. folg. Der besondere Stand des Fremdlings macht keinen Unterschied. Denn auch ein teutscher Prinz, wenn er in auswärtigen Staaten Verträge schließt oder andere verbindliche Handlungen unternimmt, muß sich nach den Gesetzen dieser Lande richten. S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCXLVIII. §. 9. S. 79.

geklagt wird, nicht übereinstimmt [52]). Aus dem nämlichen Grunde gilt b) ein Testament, bey dessen Errichtung der Testirer die äusserlichen Feyerlichkeiten beobachtet hat, die an dem Orte, wo dasselbe gemacht worden, vorgeschrieben sind, an allen Orten, wenn auch gleich an diesen andere Solennitäten vorgeschrieben seyn sollten [53]). Dies ist wenigstens die Meinung der meisten Rechtsgelehrten, welche auch der Gerichtsgebrauch bestätiget. Wenn daher z. B. ein Kaufmann von Frankfurt in Erlangen bey seiner Durchreise plötzlich von einer gefährlichen Krankheit überfallen würde, und hier sein Testament vor fünf untadelhaften Zeugen, die solches unterschrieben und besiegelt haben, gemacht hätte; (denn mehr erfordert die hiesige Landesordnung nicht zur Solennität eines aussergerichtlichen Testaments) so ist es auch zu Frankfurt gültig; wenn gleich die Frankfurter Statuten zur Gültigkeit eines solchen Testaments sieben Zeugen erfordern. Wir reden jedoch nur von der Form

52) *L.* 34. *D. Reg. Iuris.* Jedoch hat diese Regel auch ihre Ausnahmen. Dahin gehört z. E. wenn Unterthanen eines Landes in der Absicht, um den Gesetzen desselben auszuweichen, eine nach denselben verbotene Handlung in einem fremden Lande, wo sie erlaubt ist, vollziehen. Man sehe Weber a. a. O. §. 62. S. 222. f.

53) VOET a. a. O. §. 13. VINNIUS select. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 19. GAIL Observat. Lib. II. c. 123. HUBER Praelect. ad Pandect. Lib. I. Tit. 3. p. 538. *de* CRAMER Observat. iuris univ. T. II. Obs. 553. CONSIL. TUBINGENSIA Vol. I. Cons. 41. PUFENDORF Observat. iuris universi. T. I. Obs. 28. §. 9. Höpfners Commentar über die Institutionen § 450. SEGER in der angef. Dissertat. §. 8. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 142. Danz im Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts a. a. O. S. 181.

und äuſſerlichen Feyerlichkeit eines Teſtaments. Denn in-ſofern von der Subſtanz deſſelben, und den Gütern ſelbſt die Rede iſt, worüber teſtirt wird: ſo müſſen hauptſächlich die Geſetze desjenigen Orts, wo die Güter liegen, angewendet werden. Z. B. wenn die Frage iſt, wen der Teſtator zum Erben einzuſetzen, oder wem er ein Legat zu hinterlaſſen, ob er ferner über dieſes oder jenes Grundſtück eine teſtamentliche Anordnung zu machen, oder der Legatar das ihm vermachte Grundſtück zu acquiriren befugt ſey? u. d. m. Denn die Güter ſind jederzeit dem *iure rei ſitae* unterworfen [54]; und nur in dieſer Hinſicht gebe ich denjenigen Recht, welche die Gültigkeit eines Teſtaments nach den Geſetzen desjenigen Orts, wo die Güter liegen, beurtheilt wiſſen wollen [55].

3) Auch in Anſehung der Inteſtaterbfolge muß der Fremdling ſich den Geſetzen desjenigen Orts unterwerfen, wo er ſuccedirt. Der Regel nach wird nun zwar die Erbfolge in den Gütern eines Verſtorbenen nach den Geſetzen des Orts beurtheilt, wo derſelbe ſein Domicilium hatte, wenn auch gleich ein Theil der Güter auswärts liegen ſollte. Es iſt indeſſen in Anſehung der unbeweglichen Güter allerdings eine Ausnahme alsdann zu machen, wenn in dem Lande, wo ſelbige liegen, beſondere Verordnungen oder Statuten vorhanden ſind, vermöge welcher

54) HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. I. §. 143. *Tob. Iac.* REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaei Deciſiones. Vol. IV. Obſ. 13. pag. 6. Danz a. a. O. S. 182. Nr. II.

55) *Nic.* BURGUNDUS Comment. ad conſuetud. Flandriae Tr. VI. *Io. God.* SAMMET Quaeſt. Forenſes. Obſ. 1. §. 4. in *Opuſc.* pag. 144. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med 6. et 7.

cher ſie nach dem Tode des Erblaſſers ſchlechterdings an keinen andern Erben und Nachfolger, als welchem ſie nach den Geſetzen dieſes Orts beſtimmt ſind, fallen ſollen; denn wo dieſes nicht iſt, ſo gehet es auch bey den unbeweglichen Gütern eben ſowohl, wie bey den beweglichen, nach den Geſetzen desjenigen Orts, wo der Verſtorbene ſein Domicilium gehabt hat [56]). Endlich

4) wird auch ein zeitiger Unterthan nach den Geſetzen desjenigen Orts, wo er ſich aufhält, behandelt, wenn er daſelbſt ein Verbrechen verübt hat. Denn er hat ſich deren Strenge ſelbſt unterworfen, wenn er gegen ihr Strafverbot handeln ſollte. Daher verordnet ſchon Juſtinian in einer ſeiner Novellen [57]): *ut unusquisque in provincia, in qua deliquit, ibi quoque iudicium accipiat.* Dieſes hat auch keinen Zweifel, wenn dem Miſſethäter an dem Orte, wo er das Verbrechen begangen hat, der Proceß gemacht wird [58]). Man erfordert jedoch nicht unbillig, daß wenn das Verbrechen des Fremden entweder nur wider ein Landes- und ſtatutariſches Geſetz, oder zwar wider das gemeine Recht laufen, aber doch nach demſelben nicht diejenige

56) PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 28. KOCH de ſucceſſione ab inteſtato civili §. 14. *Iuſt. Ferd.* HAMM de ſtatutorum colliſione et praeferentia in cauſis ſucceſſionum ab inteſtato. *Erlangae* 1792. 8. §. 9. ſqq. und Joh. Wilh. Heinr. Ludolff in der ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der Inteſtat-Erbfolge. (Halle 1794. 8.) §. 189. ff.

57) *Nov. LXIX. cap. 1. princ.*

58) CARPZOV Pract. rer. crim. P. II. Qu. 54. n. 51. LEYSER Spec. CCLXXXIX. med. 6. KRESS ad Art. CLXXVII. C. C. C. pag. 650. G. L. BOEHMER de abigeatu et furto equorum §. 103.

harte Strafe verdienen sollte, welche die Gesetze des Orts, wo das Verbrechen begangen worden, darauf setzen; der Delinquent an dem Orte schon eine Zeitlang sich aufgehalten haben müsse, wenn die deshalb bestimmte Strafe statt finden solle; daher ein Ankömmling gegen die Strenge der Landesgesetze allerdings zu schonen ist, wenn er darthun könnte, daß er sich in einer unüberwindlichen oder wenigstens in einer verzeihlichen Unwissenheit befunden habe [59]). Wenn hingegen der Verbrecher an einem andern Orte, als an welchem er das Verbrechen begangen, zur Untersuchung und Bestrafung gezogen wird, so wollen zwar auch viele Rechtsgelehrte behaupten, daß ein ausserhalb Landes begangenes Verbrechen in foro deprehensionis nach den Gesetzen des Orts, wo das Verbrechen verübt worden ist, und nur in deren Ermangelung nach den Vorschriften des gemeinen Rechts zu bestrafen sey [60]). Allein geschähe gleich dem Delinquenten kein Unrecht, wenn er nach den Gesetzen des Orts, wo er die Missethat begangen hat, geurtheilt würde, weil er zunächst diese übertreten hat; so läßt sich doch keinesweges behaupten, daß der Richter, der den Verbrecher eingezogen, an jene Gesetze schlechterdings gebunden sey; weil diese in Ansehung des Richters, der die Inquisition formirt, fremde Rechte (iura alieni territorii) sind. Dahero behaupten andere Rechtsgelehrte mit mehrerem Grunde, daß die Strafe in einem solchen Falle, da

59) *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER ad Carpzovium Quaest. CXLIX. Obs. 4. n. 67. Struben in den rechtlichen Bedenken Th. II. Bed. 113. und Th. IV. Bed. 28.

60) LEYSER Spec. DCXLIV. med. 10. Strubens Bedenken Th. IV. Bed. 135. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts I. Th. 3. Abschn. §. 95.

da die Geſetze des fori delicti und deprehenſionis nicht übereinſtimmen, nach dem gemeinen Rechte zu beſtimmen ſey [61]). Da inzwiſchen ein Richter jede Gelegenheit ergreifen muß, wo er die Strenge der Strafe ohne Eintrag der Geſetze mildern kann [62]), ſo nimmt man billig den Fall aus, wenn das particulaire Recht eine gelindere Strafe beſtimmt hätte, als in dem gemeinen peinlichen Recht verordnet ſtehet [63]). Ein Richter kann daher in einem ſolchen Falle die mildere Strafe, die nach den Geſetzen ſeines Landes auf das Verbrechen geſetzt iſt, ſtatt der ſtrengern Strafe, die das gemeine Recht beſtimmt hat, ohne Anſtand dem Miſſethäter zuerkennen; ja es muß jene gelindere Strafe um ſo mehr eintreten, weil der Landesherr, deſſen Richter die Strafe erkennt, das gemeine Recht nicht angewendet wiſſen, ſondern es ſo haben will, daß Verbrechen dieſer Art gelinder behandelt werden ſollen. Eben ſo billig iſt es aber auch, daß der Richter, der die Unterſuchung führt, dem Verbrecher die Milderung angedeihen laſſe, die nach den Geſetzen des Orts, wo die That begangen worden, ſtatt findet; nicht als ob dieſe Geſetze den Richter der Unterſuchung verbänden, ſondern weil unter ſolchen Umſtänden die Zurechnung geringer iſt [64]).

61) Meiſter im peinl. Proceß S. 685. *G. L.* BOEHMER Diſſ. de delictis extra territorium commiſſis. *Goettingae* 1748. §. 16. und 17.

62) *L.* 56. *L.* 168. *D. de Reg. Iur. c.* 49. *eodem in 6to.*

63) HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Obſ. 281. KOCH Inſtitut. iuris crim. L. I. c. VI. §. 94. ZOLLER Spec. I. Obſervat. practicar. *Lipſiae* 1778. Obſ. 7.

64) Man vergleiche hier vorzüglich Kleinſchrods ſyſtemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 125.

§. 45. und 46.

Begriff und Eintheilung der Gerechtigkeit.

Wir schreiten jetzt zu dem zweyten Haupttheil dieses Titels, welcher von der Gerechtigkeit (Iustitia) handelt. Die Handhabung derselben ist der Zweck unserer Rechtsgelehrsamkeit, daher auch die Rechtsgehrten Priester der Gerechtigkeit genennt werden [65]). Was ist nun aber die Gerechtigkeit? Ulpian setzt sie nach den Lehrsätzen der Stoiker in eine feste und beständige Bereitwilligkeit, jedem das Seinige zu geben und zu lassen; (constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi [66]). Die Stoiker betrachteten nämlich die Gerechtigkeit als eine Tugend, und dachten sich darunter eine constantem et perpetuam vitae rationem [67]). Nach dieser strengen Tugendlehre sahen sie daher bey Ausübung der Gerechtigkeit zugleich auf die innern Neigungen. Die äusserliche Erfüllung der Pflichten genügte ihnen noch nicht; nein, nur denjenigen hielten sie für gerecht, der auch den Willen, und zwar den festen und unveränderlichen Willen hätte,

65) *L.* 1. §. 1. *D. de I. et I. Io. Iac.* BOSIUS de Iurisconsultis sacerdotibus iustitiae. *Lipsiae* 1739.

66) *L.* 10 *pr. D. eodem.* Hiermit stimmt auch CICERO de Finibus Lib. V. c. 23. überein, wo er sagt: IUSTITIA *est animi affectio, suum cuique tribuens, et hanc societatem coniunctionis humanae mirifice et aeque tuens.*

67) S. CICERO *de Legib. Lib. I. c.* 17. und *lib. IV. Academicor.* ARISTOTELES *ad Nicomach. v.* 1. GELLIUS *Noct. Atticar.* Lib. XVII. c. 5. in fine. Mehrere Stellen noch hat WALCH ad ECKHARDI Hermenevt. iuris. L. I. c. IV. §. 133. pag. 221.

hätte, gerecht zu handeln [68]). Allein es mag immerhin der angeführte Begriff von der Gerechtigkeit seine Vertheidiger gefunden haben [69]), für den Juriſten iſt er wenigſtens nicht brauchbar, deſſen Zweck nur Handhabung der äuſſerlichen Gerechtigkeit iſt [70]). Die eigentliche Gerechtigkeit, die für das Forum des Rechtsgelehrten gehört, beſtehet demnach in der Uebereinſtimmung der äuſſerlichen Handlungen des Menſchen mit den vollkommenen oder Zwangsgeſetzen. Nach dieſem juriſtiſchen Begriff der Juſtiz wird alſo a) ein jeder für gerecht gehalten, deſſen Handlungen nur äuſſerlich den Geſetzen gemäß ſind, wenn er auch gleich nur aus Furcht vor der Strafe gerecht handelte, ſeine innere Geſinnungen und Neigungen aber nichts weniger als mit den Geſetzen übereinkämen; denn darum bekümmert ſich der Rechtsgelehrte nicht. Cogitationis poenam nemo patitur [71]). b) Gerechtigkeit hat immer nur Beziehung auf vollkommene oder Zwangsgeſetze. Wer alſo nur Liebespflichten

68) S. *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. III. c. 1. et 2. *Chriſtfr.* WAECHTLER ad Noodtium in *Opuſculis* pag. 289. ſqq. HUBER Digreſſ. Iuſtinian. Lib. I. cap. 7. *Io. Ge.* MARCKART Receptar. iuris civ. lection. P. I. pag. 20. *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. cap. 4. u. a. m.

69) *Fr. Car.* CONRADI Diſſ. de iuſtitia interna a fine iurisprudentiae civ. non ſeparanda. Helmſt. 1744. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 15.

70) Eben dieſes hat auch ſchon GEBAUER in Diſſ. de iuſtitia et iure §. IV. gegen die Definition des Ulpians eingewendet.

71) *L.* 18. *D. de poenis.* Man erinnere ſich hierbey an dasjenige, was oben (§. 6) über dieſen Gegenſtand bereits geſagt worden iſt.

gegen andere Menschen nicht erfüllt, übrigens aber alles dasjenige pünctlich beobachtet, was die bürgerlichen Zwangsgesetze von ihm fordern, von dem kann man nicht sagen, er handle ungerecht. Denn die Pflichten der Menschenliebe liegen ausser den Grenzen der eigentlichen Gerechtigkeit; (iustitiae forensis) die Hintansetzung derselben mißbilliget zwar die Moral, und erweckt auch wohl bey dem edeldenkenden Theil des Publicums Verachtung, aber sie ziehet doch keine eigentliche Strafe nach sich [72]). Hieraus erhellet, daß die Eintheilung einiger Rechtsgelehrten von der Gerechtigkeit, wenn sie dieselbe in *expletricem*, welche in der Erfüllung der vollkommenen Pflichten, und *attributricem*, welche in der Beobachtung der Liebespflichten bestehen soll, eintheilen [73]), für den Rechtsgelehrten gar keinen Nutzen habe, weil wir in foro humano nur mit Zwangsrechten und vollkommenen Pflichten zu thun haben [74]).

Eben so irrig ist auch die bekannte Eintheilung der Gerechtigkeit in *distributivam* und *commutativam*, welche gemeiniglich mit jener verwechselt wird. Erstere soll diejenige seyn, welche ein geometrisches, und letztere, welche ein arithmetisches Verhältniß zum Maßstab annimmt [75]). Die arith-

72) S. z. B. erzählt CICERO de officiis L. III. c. 13. man habe es zu Athen für eine Schande gehalten, *erranti viam non monstrare.*

73) GROTIUS de I. B. ac P. Lib. I. c. 1. §. 8.

74) WÜRFEL iurisprud. civ. definitiva §. 2.

75) Es ist diese Eintheilung aus des Aristoteles Ethik V. Buch 5. Cap. genommen; S. KAESTNER Commentat. de iustitia eiusque speciebus, in Aristotel. Ethic. V. *Lipsiae* 1737. Daß jedoch ein Mißverstand der Worte jenes Philosophen die eigentliche

arithmetiſche Proportion, ſagt man, findt nur beym Handel und ſolchen Contracten ſtatt, in denen die Partheyen einander gegenſeitig etwas zu leiſten verſprochen haben; die geometriſche hingegen werde bey Beſchwerungen oder gemeinen Laſten der Unterthanen, ſodann bey Belohnungen und Beſetzung der Ehrenſtellen, desgleichen bey der Beſtrafung der Verbrechen, auch bey der Berechnung im Concurſe, wenn die Frage iſt, wie viel ein jeder Gläubiger an Unkoſten, oder, wenn mehrere Gläubiger derſelbigen Gattung vorhanden ſind, die kein Vorzugsrecht vor einander haben, wegen nicht hinreichender Concursmaſſe, an der Forderung ſich müſſen abgehen laſſen, und dergleichen, angewendet [76]). Man ſagt ferner, *Iuſtitia diſtributiva* nehme auf die Perſon, Stand und Verdienſt Rückſicht, die *commutativa* aber nicht. Allein das Irrige dieſer pur-ſcholaſtiſchen, und in unſern Geſetzen nirgends gegründeten Eintheilung zeigt ſich ſogleich offenbar, wenn man erwägt, daß unſere Geſetze auch bey dem Handel und Verträgen, die einzelne Bürger mit einander ſchlieſſen, nicht nur einen Unterſchied der Perſonen in Anſehung ihres Alters, Geſchlechts und anderer Verhältniſſe, ſtatt finden laſſen, ſondern auch ſelbſt in Anſehung der verſprochenen Präſtationen überall eine geometriſche Proportion

liche Quelle dieſer Eintheilung ſey, hat D. *Io. Sam. Traug.* GEHLER in Commentat. de laeſione emtoris ultra dimidium recte computanda *Lipſiae* 1777. §. XIII. gründlich dargethan.

76) Joh. Ge. Eſtors Anfangsgründe des gemeinen und Reichs-Proceſſes 3. Theil S. 4. §. 5. *Io. Ge.* DARIES Diſſ. de interpretat. et extenſione *L.* 2. *C. de reſc. vendit.* Trajecti ad Viadr. 1775. §. 24. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. P. I. §. 16.

tion beobachtet wissen wollen. Wie verschieden sind nicht die Rechte der Pupillen und Minderjährigen bey den Verträgen und Veräusserungen? — der Weibspersonen bey Bürgschaften? — der filiorumfamilias beym Darlehnscontract, oder auch bey andern Contracten, die sie gültiger weise schliessen können, wenn es auf die Frage ankommt, in wiefern sie selbst während der väterlichen Gewalt daraus belangt werden können? — der Gesellschaftsgenossen, wenn sie der Societätscasse schuldig sind? u. s. w. Daß aber auch in Ansehung der zu leistenden Objecte bey den Contracten ein geometrisches Verhältniß zu beobachten sey, beweißt unter andern der Societätscontract, bey welchem sich, wenn die Gesellschafter ein anders nicht festgesetzt haben, die Theilnehmung sowohl am Gewinn als Verlust nach den Beyträgen richtet [77]); diese geometrische Proportion findet ferner auch beym Kauf [78]). und Miethoder Pachtcontract [79]), desgleichen bey Zahlungen [80]), bey dem Versprechen einer Brautgabe,

77) *L.* 6. *L.* 80. *D. pro socio.* conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae aut pecuniae in societatem collaturus erat.

78) Der Kaufschilling wird vermehrt oder vermindert nach dem Maaß und der Güte der verkauften Waaren. *L.* 40. §. 2. *D. de contr. emt. vend. L.* 4. §. 1. *D. de act. emt. vend.*

79) Der Miethzins wird nach dem Verhältniß der Zeit und der geleisteten Dienste, oder gehabten Nutzung berechnet, *L.* 21. *L.* 30. *pr. et* §. 1. *D. locati cond. L.* 15. §. 7. *D. eodem.*

80) *L.* 8. D. *de solut.* Illud non ineleganter scriptum esse POMPONIUS ait: si partium et contractuum causa sit, ex omnibus summis *pro portione* videri solutum.

be [81]) und überhaupt in allen den Fällen ſtatt, wo von der Präſtation und Beſtimmung einer gewiſſen Quantität die Frage iſt [82]). Ich übergehe mehrere Argumente mit Stillſchweigen, die man bey andern in den unten angeführten Schriften finden wird [83]).

81) Der Brautſchatz wird nach Verhältniß des Vermögens desjenigen, welcher ihn beſtellen muß, und des Standes der Verlobten feſtgeſetzt. *L.* 60. u. *L.* 69. §. 4. *D. iure dot.*

82) *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iuris. *Lib. III. cap.* 6. hat dieſen Satz mit ſehr vielen Beyſpielen beſtärkt.

83) *Henr.* COCCEII Diſp. de proportionibus. *Heidelberg.* 1671, LEYSER Medit. ad Pandect. *Spec. I. med.* 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Digeſt. *h. t.* §. 15. *ſqq.* THOMASIUS Diſp. de aequitate cerebrina *L.* 2. *C. de reſc. vendit.* Cap. 2. §. 35. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. *Spec. I. med.* 2. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 170 beſonders *Lud.* HERRENSCHNEIDER Diſſ. de laeſionis enormis computatione Part. Poſter. Argent. 1785. Cap. I.

Lib. I. Tit. II.

De Origine Iuris.

Die Abſicht des Kaiſer Juſtinians bey dieſem Titel der Pandecten war, den Rechtsgelehrten einen Leitfaden in die Hände zu geben, nach welchem ſie der rechtsbefliſſenen Jugend die Geſchichte des römiſchen Rechts und der Regimentsverfaſſung des römiſchen Staats, vortragen, nicht weniger eine Anleitung zur Kenntniß der Litteratur und der römiſchen Rechtsgelehrten geben könnten, weil ohne dieſe Kenntniſſe niemand, der ein Rechtsgelehrter werden will, fortkommen kann. Der größte Theil dieſes Titels iſt aus des POMPONII *libro ſingulari Enchiridii* genommen, wie die Ueberſchrift der L. 2. h. t. zeiget; welches Fragment ſich jedoch nur bis auf die Zeiten Hadrians erſtreckt. Da nach der heutigen Lehrmethode die Rechtsgeſchichte, und die übrigen in dieſem Titel berührten propädevtiſchen Wahrheiten nicht mehr bey den Pandecten, ſondern in eignen Vorleſungen gelehrt zu werden pflegen, auch überdies an Schriften, wodurch die römiſche Rechts- und Staatsgeſchichte iſt bearbeitet worden [84]), kein Mangel iſt, ſo über-

84) Wir können die vorzüglichſten Schriften dieſer Art in zwey Claſſen bringen, einmal in ſolche, die eine Erläuterung des Pomponiuſſiſchen Fragments oder der L. 2. *D. de O. I.* enthalten, unter welchen auſſer dem oben ſchon angeführten *van der* MUELEN, noch beſonders RUPERTI Animadverſiones, *Corn. van* BYNCKERSHOEK Praetermiſſa, welche

übergehe ich den Inhalt dieses Titels, und will, statt dessen, nur im Allgemeinen von den Quellen der in Teutschland üblichen bürgerlichen Rechtsgelahrtheit und deren Gebrauch handeln. Man verstehet darunter die in Teuschland geltenden Privatgesetze, aus welchen die zur bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit gehörige rechtliche Grundsätze und Wahrheiten herzuleiten sind. Diese sind nun von zweyerley Art:

I) fremde in Teutschland recipirte Gesetze;
II) teutsche, einheimische Gesetze.

I. Ab-

che beyde in UHLII *Opusculis ad Hist. iuris pertinent.* stehen, desgleichen *Antonii* GARRONIS in tit. Dig. de O. I. commentaria. *Bremae* 1631. *Ger.* COCCEJI Commentarii. *Groeningae* 1660. und *Sim.* LEEWIUS de origine et progressu iuris civ. Rom. *Lugd. Batav.* 1671. zu bemerken. Die andere Classe von Schriften machen diejenigen aus, welche die Geschichte des römischen Rechts und römischen Staats vollständiger vorgetragen haben; zu diesen rechne ich ausser den bekannten classischen Werken eines *Chr. God.* HOFFMANN, *Io. Sal.* BRUNQUELL und *Io. Gottl.* HEINECCIUS, mit Ritters und Silberrads Noten, vorzüglich *Io. Aug.* BACH Historia iurispr. romanae cum observationibus *Aug. Corn.* STOCKMANN. Lipsiae 1796. 8. maj. und das neueste Werk des D. *Thomas* BEVER unter dem Titel: The history of the Legal Polity of de Roman State, and of the Rise, progress and extent of the Roman Laws. London 1780. 4. und ins Teutsche übersetzt unter der Aufschrift: Geschichte des römischen Staats und des römischen Rechts von L. Völkel. Leipzig 1787. 8. Auch sind die Werke eines Fergusons und Gibbon's über den Fortgang und Verfall der römischen Republik für Rechtsgelehrten von großem Nutzen.

I. Abschnitt.

von

den in Teutschland geltenden fremden Gesetzen, welche als Quellen der bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrsamkeit anzusehen sind.

A.

Vom römischen Rechte.

---

§. 47.

Begriff und Eintheilung des römischen Rechts.

In der weitläuftigen Bedeutung versteht man unter dem römischen Rechte den Inbegriff aller und jeder Gesetze, welche in dem römischen Staate von dessen erstern Gründung an, bis auf den Untergang des griechischen Kaiserthums gegolten haben. In der eigentlichen Bedeutung aber wird darunter das Justinianeische Recht, oder der Inbegriff der zu Justinians Zeiten in dem römisch-griechischen Kaiserthume gültig gewesenen Gesetze, welche in dem Corpore iuris civilis enthalten sind, verstanden. Nimmt man das römische Recht in dem ersteren generellen Sinne, so enthält solches drey verschiedene Theile. a) das Antejustinianeische, b) das Justinianeische und c) das Postjustinianeische römische Recht.

§. 48.

a) Ueberbleibsel des Antejustinianeischen römischen Rechts.

Soviel zuerst die vor Justinians Zeiten gültig gewesenen röm. Gesetze anbetrift, so haben wir von diesen h. z. T. noch folgende Fragmente [85]).

I) Die Ueberbleibsel der königlichen Gesetze, (Aur. §. 47. u. 48.) welche von den röm. Königen gegeben, und durch die Stimmen des römischen Volks auf den comitiis curiatis bestätiget worden sind. C. Papirius, dem als Pontifex Maximus die Sorge für die Erhaltung der Gesetze von Amtswegen oblag, brachte sie nach Vertreibung der Könige in eine vollständige Sammlung, welche theils zur Ehre ihres Verfassers, theils weil sie das damals geltende schriftliche Civilrecht der Römer enthielt, *ius civile Papirianum* genennt wurde. Eben dieser Mann hatte auch schon vorher die Tafeln, worauf Ancus Marcius die geistlichen Gesetze des Königs Numa aufzeichnen, und zur allgemeinen Notiz im Foro aufstellen lassen, weil sie durch die Länge der Zeit veraltert und verdorben waren, wieder hergestellet. [86]) Daher der gemei-

85) Hierbey verdienen vorzüglich Just. Henning Böhmers Gedanken von den verlohrnen alten römischen Gesetzen und Rechtsbüchern, wie auch von den grossen Bemühungen der Gelehrten, solche wieder herzustellen, in Schotts iurist. Wochenblatt 3. Jahrgang 1774. N. XXVIII. S. 497—534 nachgesehen zu werden.

86) Auf diese Art sind die Nachrichten des Pomponius *L.* 2. §. 2. und §. 36. *D. de O. I.* und des Dionysius von

gemeine Irrthum entſtanden, als ob nur allein die geiſtlichen Geſetze des Numa von Papirius geſammelt worden wären, welche ich an einem andern Orte widerlegt habe [87]). Die Fragmenta legum regiarum et iuris papiriani findet man mit einer Erläuterung beym Hoffmann *Tom II. Hiſtoriae iuris.* pag. 1 - 64.

II) Die Fragmente der zwölf Tafelgeſetze. (Autor §. 49.) Sie wurden von zehen dazu verordneten Männern, die man aus den vornehmſten Gliedern des Senats erwählet hatte, hauptſächlich aus griechiſchen deshalb eingeholten Geſetzen verfaſſet, und im Jahr der Erbauung Roms 306. unter dem Conſulate des L. Valerius und M. Horatius in 12. ehernen Tafeln bekannt gemacht. Jacob Gothofredus [88]) hat dieſe Ueberbleibſel am beſten reſtituirt; und BOUCHAUD zu Paris hat ſie am vollſtändigſten erläutert [89]).

III) Die Ueberreſte einzelner römiſcher Geſetze. Z. B. des *Legis Mamiliae finium regundorum* [90]), *Legis*

Halicarnaſſus Antiquit. Rom. Lib. III. p. 178. nach der Oxlburg. Ausgabe mit einander zu vereinigen.

87) S. meine Abhandlung de iure civili papiriano. (*Opuſculor.* faſc. II. *Erlangae* 1786.)

88) Fontes quatuor iuris civ. *Genevae* 1653. Lib. I.

89) Commentaire ſur la Loi des douze Tables. *Paris* 1787 gr. 4.

90) *Car.* SAXII Diſp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. Traj. ad Rhen. 1779.

Legis Voconiae [91]), *Legis Aeliae Sentiae* [92]), *Legis Iuliae et Papiae Poppaeae* [93]) u. d. m. welche durch die rühmlichen Bemühungen verschiedener Rechtsgelehrten, so viel möglich gewesen, wiederhergestellet worden sind [94]).

IV) Die Bruchstücke von dem Edicto Perpetuo. Aut. §. 65.) Salvius Julianus verfertigte diese Sammlung auf Befehl Kr. Hadrians aus den brauchbarsten Edicten der röm. Magistratspersonen, vornämlich der Prätoren [95]). Sie wurde im Jahr Christi 131. als ein Gesetzbuch bekannt gemacht. Was davon auf unsere Zeiten gekommen, haben wir den Bemühungen eines Baro, Perräus, Ranchinus, Gothofredus, Noodt und Heineccius zu verdanken [96]). Ranchins Edictum perpetuum

91) *Iac.* PERIZONII Diss. de Lege Voconia, feminarumque apud veteres hereditatibus, in *Triade ab* HEINECCIO *edita Halae* 1722. 4.

92) Die Fragmente dieses Gesetzes findet man in HEINECCII Antiquit. Rom. Lib. I. Tit. VI. §. 12.

93) Nach *Iac.* GOTHOFREDUS hat dieses wichtige Gesetz am vollständigsten *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Comment. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam. *Amstel.* 1731. 4. restituirt.

94) S. *Ant.* AUGUSTINI de Legibus et Senatusconsultis liber, adiunctis Legum antiquarum et SCtorum fragmentis, cum notis FULVII VRSINI. *Parisiis* 1584. fol.

95) *L.* 2. §. 18. *Cod. de vet. iur. enucleando.* Hr. Prof. Hugo in seinem Lehrbuch der Rechtsgeschichte (Berlin 1790. 8.) §. 105. hat jedoch gegen diese gemeine Behauptung einige Zweifel vorgebracht.

96) Man vergleiche hier die lesenswürdige Abhandlung des Hrn. Oberhofgerichtsassessors Haubold über die Versuche, das prätori-

petuum Paris 1597. 8. findet sich auch in Hofmanns Histor. iuris Vol. II. pag. 305. — 360. mit einigen schätzbaren Anmerkungen und Berichtigungen des Herausgebers. *Iac.* GOTHOFREDI Series edicti perpetui erschien zuerst in seinen *Fontibus quatuor iuris civ.*, ist aber noch in mehrern andern Werken befindlich. Noodt ließ sich in seinem Pandekten-Commentar die Wiederherstellung des Edicts vorzüglich angelegen seyn. Allein sein Commentar umfaßt leider nur die ersten 27 Bücher. Dahingegen enthält die vereinigten Ranchinischen, Gothofredischen und Noodtischen Resultate Wielings seltnes Werk, welches unter dem Titel: *Fragmenta Edicti perpetui in usum lectionum publicarum*, zu Franecker 1733. in klein Quart herausgekommenen ist. Des Heineccius Arbeit in seinen *Opusculis postumis* Halae 1744. 4. ist zwar ein unvollendeter Versuch geblieben; er enthält aber doch in Absicht auf die Form und Ordnung des Edicts manche Berichtigungen seiner Vorgänger, und in den Anmerkungen unter dem Texte des Edicts sehr viel Gutes.

V) Die Fragmente der alten römischen Juristen, welche ausser unserm Corpore iuris civ. sind aufbehalten worden. Dahin gehören 1) CAII *Institutionum libri II.* 2) IVLII PAVLI *Sententiarum Receptarum libri V.* 3) *Tituli ex corpore* VLPIANI XXIX. 4) *Mosaicarum et Romanarum Legum collatio.* 5) MODESTINI *Regularum fragmentum unicum;* 6) *Fragmentum veteris ICti de iuris speciebus et manumissionibus.* 7) *Consultatio veteris ICti de pactis;* und 8) PAPIANI *responsorum*

torische Edict herzustellen, in Hugo Civilistischen Magazine 2. Bandes 3. Heft (Berlin 1796.) Nr. XIV. S. 288. ff.

forum liber. Alle dieſe Ueberbleibſel hat **Anton Schulting** in Iurisprudentia veteri anteiuſtinianea. *Lugduni Batavor.* 1717. 4. und *cum praefatione* Ge. Henr. AYRERI *Lipſiae* 1737. geſammlet, auch mit ſeinen eignen ſowohl, als anderer Rechtsgelehrten Anmerkungen vortreflich erläutert. Hierbey iſt noch zu bemerken, daß auch *Ger.* MEERMANN die Fragmente des **Cajus, Paulus** und **Ulpians** mit ſeinen critiſchen Anmerkungen ſowohl, als mit den Noten des **Peter Fabers** dem VII. Tomo. ſeines *Theſauri iur. civ. et canon.* einverleibt hat. Dieſen ſind noch beyzufügen: *Ulpiani* Fragmenta libri ſingularis regularum et incerti auctoris collatio legum Moſaicarum et Romanarum cum notis *Io.* CANNEGIETERI. *Trajecti ad Rhen.* 1768. 4. und *Herm.* CANNEGIETERI Commentarius ad Fragmenta veteris iurisprudentiae, quae extant in collatione legum Moſaicarum et Rom. *Franequerae* 1765. 4. Endlich hat auch Herr Prof. **Hugo** ſowohl des *Iulii Pauli* Sentent. receptas **Berlin** 1795. 8. als *Ulpiani* Fragmenta libri regularum. **Göttingen** 1788. 8. edirt.

VI) **Die Ueberbleibſel von dem Gregorianiſchen und Hermogenianiſchen Codex.** Beyde Sammlungen enthalten die Verordnungen der römiſchen Kaiſer vor **Conſtantin** dem Großen, ſie ſind jedoch wahrſcheinlich erſt unter dieſem Kaiſer, und zwar die erſtere vom **Gregorius**, welcher im Jahr Chriſti 336. *Praefectus Praetorio* geweſen, die andere aber von dem römiſchen Juriſten **Hermogenian**, vielleicht als Supplement der erſtern, verfertiget worden [97]). (Aut. §. 63.) Am vollſtän-

97) S. *Chriſt. Frid.* PORL de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano Commentat. hiſtorica. *Lipſiae* 1777.

digſten hat die *Fragmenta codicis Gregoriani et Hermogeniani* Anton Schulting in iurisprud. vet. anteiuſtin. pag. 683 — 718. edirt, und mit ſeinen Anmerkungen erläutert.

VII) Die Fragmente des Theodoſianiſchen Codex. Sie enthalten blos die Verordnungen der chriſtlichen Kaiſer vom Conſtantin bis Theodoſius II. in ſechzehen Büchern. Die ganze Sammlung machte Theodoſius im Jahr Chriſti 438. bekannt. (Auct §. 64.) Nach Sichard, Tilius und Cujacius hat *Iac.* GOTHOFREDUS die Fragmente dieſes Codex am beſten und vollſtändigſten ediret, und ſie mit einem vortreflichen Commentar verſehen. Dieſes unſchätzbare Werk kam erſt nach dem Tode des Gothofredus durch die Beſorgung des Anton Marvilius zu Lyon 1665. heraus. Die neueſte und beſte Ausgabe iſt jedoch diejenige, welche mit Joh. Daniel Ritters herrlichen Zuſätzen in ſechs Theilen in Folio zu Leipzig in den Jahren 1736 — 1745. erſchienen iſt. Endlich

VIII) Die Novellen der römiſchen Kaiſer vor Juſtinian, die noch nach dem Theodoſianiſchen Codex in den Jahren 439. bis 468. promulgirt worden ſind. Joh. Daniel Ritter hat ſie unter dem Titel: *Novellae Conſtitutiones Imperatorum Iuſtiniano anteriorum, Theodoſii, Valentiniani, Martiani, Maioriani, Severi, Leonis et Anthemii*, dem 6ten Theile ſeiner Ausgabe des Theodoſianiſchen Codex beygefügt, und mit einem treflichen Commentar begleitet. Die ganze Sammlung iſt in fünf Bücher abgetheilt. Auſſerdem haben Anton Zirardini, Faenza 1766. 8. und Joh. Chri-

Christian Amaduzzi, Rom. 1767. in Folio, aus einer Ottobonianischen Handschrift einoch fünf Verordnungen der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. mit weitläuftigen und sehr gelehrten Erklärungen herausgegeben, welche vorher nirgends gedruckt waren 98).

§. 49.

Heutiger Gebrauch derselben.

Alle diese bisher gedachten Reliquien des Antejustinianeischen römischen Rechts haben nun zwar heutiges Tages keinen gerichtlichen Gebrauch mehr, weil nur das justinianeische Recht in Teutschland recipirt ist, und überdies K. Justinian jene ältere Rechtsbücher cassirt, ja deren gerichtlichen Gebrauch verboten hat 99). Allein deßwegen dürfen wir sie keinesweges verachten, noch die Bemühungen jener großen Rechtsgelehrten für vergeblich halten, die sich um die Wiederherstellung derselben verdient gemacht haben; weil sie zum gründlichen Studium des römischen Rechts in mehr als einer Rücksicht unentbehrlich sind. Denn einmahl lernt man aus jenen Fragmenten das

98) Das Werk des *Antonii* ZIRARDINI hat folgenden Titel: *Imperatorum Theodosii iunioris et Valentiniani III. Novellae Leges, caeteris anteiustinianeis, quae in Lipsiensi anni 1745. vel in anterioribus editionibus vulgatae sunt, addendae.* Faventiae 1766. gr. 8. Der Titel von dem Werk des AMADUTIUS aber ist dieser: *Leges Novellae V. anecdotae Impp. Theodosii iunioris et Valentiniani III. cum caeterarum etiam Novellarum editarum titulis* Romae 1767. fol.

99) S. *Constitut.* IUSTINIANI *de confirmat. Digestor. ad Senatum et omnes populos* §. 19.

alte römische Recht kennen, welches Justinian aufgehoben, und öfters nur mit kurzen Worten erwähnt hat; man wird nun sich keinen deutlichen und vollkommenen Begriff vom neuern römischen Rechte machen können, wenn man sich nicht erst vorher mit dem ältern Rechte gehörig bekannt gemacht hat. Ja man wird es öfters finden, daß Justinian durch Aufhebung des vor seinen Zeiten üblich gewesenen Rechts, welches durch die ältern röm. Kaiser eingeführt worden, zuweilen das weit ältere Recht, welches zur Zeit der freyen Republic gegolten, wieder hergestellet habe, wie solches aus dem Titel des Codex *de veteri jure tollendo* und mehrern anderen Materien zu ersehen ist. Sodann lassen sich die aus den Schriften der römischen Juristen zusammengetragene Pandecten des Justinianus ohne jene ältere Quellen schlechterdings nicht verstehen, weil verschiedene Stellen in denselben sich auf jene ältern römischen Gesetze beziehen, und eine Erläuterung derselben enthalten. Ferner sind viele Gesetze sowohl in den Pandecten als im Codex verstümmelt, aus ihrem Zusammenhange gerissen, und durch die Compilatoren interpolirt und verändert worden, welche aus den obenerwähnten Ueberbleibseln des ehemaligen römischen Rechts ergänzt und wiederhergestellet werden können. Denn aus der Vergleichung derselben kann man ersehen, wie die Worte der Gesetze ursprünglich gelautet, und was darin der Kaiser nach dem Zustande seiner Zeiten ändern oder einschalten lassen; dergleichen Aenderungen in den Worten der Gesetze, wie bekannt, *Emblemata Triboniani* genennet werden. Auch viele durch fehlerhaftes Abschreiben und Abdrucken unserer Justinianischen Gesetzbücher entstandene Verfälschungen der Gesetze lassen sich aus jenen alten Ueberbleibseln berichtigen, u. d. m. Man sieht also hieraus, wie

wo-

wenig man die Kenntniß des alten römischen Rechts und das Studium der Quellen desselben entbehren kann, wenn man das Justinianeische Recht gründlich bearbeiten will, und wie vielen Dank man denjenigen unsterblichen Rechtsgelehrten schuldig ist, die sich um die Wiederherstellung, Sammlung und Erläuterung obiger Fragmente des Antejustinianeischen Rechts so rühmlich bemühet haben [100]).

§. 50.

b) Von dem Justinianeischen Rechte oder *Corpore iuris civilis*, dessen Begriff und Theilen überhaupt.

Den zweyten Haupttheil des römischen Rechts macht das Justinianeische Recht aus, welches die im Corpore iuris civilis enthaltene, und zur Zeit des Kaiser Justinians in dem römisch-griechischen Kaiserthume gültig gewesenen Rechte in sich begreift. Zu diesem Justinianeischen Rechte gehören also theils diejenigen Sammlungen der römischen Gesetze, welche auf Befehl des Kaisers Justinian von Tribonian und seinen Gehülfen sind verfertiget worden, nämlich die Institutionen, Pandecten, und der Codex; theils die denselben beygefügte eigene Verordnungen dieses Kaisers, als die Novellen und die sogenannten 13 Edicte des K. Justinians. Den Inbegriff dieser verschiedenen Sammlungen des Justinianei-

 schen

100) Man sehe hier vorzüglich nach EckhardI Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VI. §. 262. und folg. und Walch in den Anmerkungen pag. 477—490. wo man von den oben gedachten *Fragmentis iuris anteiustinianei* eine sehr vollständige Nachricht finden wird.

ſchen Rechts nennt man CORPUS IURIS CIVILIS; welcher Name weder vom Juſtinian noch von den ſogenannten Gloſſatoren des römiſchen Rechts herrühret, ſondern erſt in neuern Zeiten entſtanden iſt, als man anfieng, die Juſtinianeiſchen Geſetzſammlungen zuſammenzudrucken, die man anfangs nur einzeln und beſonders zu ediren pflegte. Dionyſius Gothofredus, der ſich durch ſeine Ausgaben des römiſchen Rechtskörpers bekannt genug gemacht hat, ſoll den Namen *Corpus iuris civilis* zuerſt gebraucht haben; er edirte unter dieſer Aufſchrift die Juſtinianeiſchen Geſetzſammlungen zu Lyon 1583. 4. [1]). Man pflegt die Sammlungen des Juſtinianeiſchen Rechts in libros *elementares*, *ſyſtematicos* und *ſuppletorios* einzutheilen, und rechnet zu der erſtern Claſſe die Inſtitutionen, zu der andern die Pandecten und den Codex, und zu der dritten die Novellen und Edicte des K. Juſtinians. Wir wollen jetzt von den einzelnen Theilen des Juſtinianeiſchen Rechts noch etwas ausführlicher handeln [2]).

§. 51.

Von den Inſtitutionen des K. Juſtinians.

Unter den Haupttheilen des römiſchen Geſetzbuchs nehmen nun die Inſtitutionen des K. Juſtinians den erſten

1) S. des Hrn. Canzlers KOCH Diſſ. de ordine Legum in Pandectis. *Giſſae* 1784. §. 1. *Not. b.*

2) Hiervon handeln auch Joh. Hieron. Herrmann Hiſtoria corporis iuris Iuſtinianei, oder hiſtoriſche Nachricht von den Inſtitutionen, Pandecten, Codex und Novellen. Jena 1731. 8. *Ad.* RICCIUS de librorum iuris romani quantitate et qualitate. *Regiomont.* 1657. 8. *Alb.* GENTILIS de libris iuris civ. *Hanoviae* 1605. 12. vorzüglich aber *Chr. Gottl.* HAUBOLD in Praecognitis iuris Rom. privati noviſſimi. Lipſiae 1796.

ersten Platz ein. Sie sind zwar erst nach den Pandecten verfertiget worden, aber sie wurden doch ehet als die Pandecten, nämlich am 21. November des Jahrs 533. bekannt gemacht, ob sie gleich erst am 30. December zugleich mit den Pandecten die gesetzliche Bestätigung erhalten haben. (Autor §. 70.). Die Verfasser derselben sind **Tribonian**, und die beyden Rechtslehrer **Theophilus** und **Dorotheus**. Diesen befahl **Justinian**, die Hauptgrundsätze des ältern und neuern Röm. Rechts zum Unterricht für die Anfänger ins kurze zu ziehen: ut essent totius legitimae scientiae prima elementa. Se sind nach dem Muster der Institutionen des **Cajus** in vier Bücher und jedes Buch in verschiedene Titel eingetheilt. Jeder Titel enthält eine besondere Rechtsmaterie, welche in der Ueberschrift desselben angezeigt wird, und ist wieder in gewisse Abschnitte abgetheilt, von denen der erste *Principium*, die folgenden aber **Paragraphen** heissen. Ihre Hauptquellen sind die Institutionen des **Cajus**, und die früher verfertigten Pandekten des K. **Justinians**, aus denen sie grösstentheils excerpirt sind. Jedoch finden sich auch hin und wieder **Abweichungen** von den letztern, welche zuweilen mit **Vorsatz** gemacht worden sind, zuweilen aber nur einen **Irrthum** zum Grunde haben, wovon ich in der Folge (§. 80.) ein mehreres sagen werde. Ausserdem werden auch in den Institutionen Verordnungen älterer römischer Kaiser, als in dem Codex befindlich, angeführt, welche jedoch heutiges Tages in demselben nicht anzutreffen sind, z. B. §. 7. *I. de testam. ordin.* §. 27. *I. de legatis* u. a. m. [3]). Manche neue Verord-

3) Man vergleiche deshalb *Io. Cod.* SCHAUMBURG Commentar. de constitutionibus Imperatorum antiquis iis speciatim, quae in Insti-

ordnungen vom Juſtinian ſelbſt findet man auch hier, die man in den Geſetzbüchern dieſes Kaiſers nirgends weiter antrifft. Z. B. §. 7. — 9. *I. de fideicomm. hereditat.* und §. 10. *I. de teſtam. ordin.* Uebrigens verdient dieſes kleine Werk ſowohl wegen der darin herrſchenden guten Ordnung, als wegen der darin enthaltenen vortreflichen Anleitung, die römiſche Rechtsgelahrtheit chronologiſch d. i. nach den mancherley Abwechſelungen, die ſich in den einzelnen Rechtsmaterien zugetragen haben, zu ſtudiren, eine vorzügliche Empfehlung. Die beſte Leſeart enthält die Ausgabe des *Iac.* CUJACIUS Paris 1585. 12. welche Joh. Bernh. Köhler zu Göttingen 1772. 8. wieder auflegen laſſen. Sie iſt auch in der Gebauerſchen Ausgabe des Corporis iuris civ. aufs neue abgedruckt. Unter den Commentaren ſind die vorzüglichſten 1) *Franc.* BALDUINI Commentarius. *Paris* 1554. fol. 2) *Franc.* HOTOMANNI Commentarius. *Lugduni* 1588. fol. 3) *Iac.* CUJACII Notae priores et poſteriores. (*Oper.* Tom. I.) 4) *Franc.* BROEI Expoſitio in Inſtitutiones *Paris* 1622. 4. 5) *Ant.* MATTHAEI Commentarius ad Inſtitutiones. *Ultrajecti* 1672. 4. 6) *Iani a* COSTA Commentarius curante *Ioanne van de* WATER nach der neueſten Ausgabe des *Io. Conr.* RÜCKER Lugd. Batav. 1744. 4. 7) *Everardi* OTTONIS Commentarius et notae criticae ad Inſtitut. libros IV. Ultrajecti 1729. und cum praefat. *Chriſtoph. Frid.* HARPPRECHT. Francof. et Lipſiae 1743. 4. auch ſtudio *Io. Rud.* ISELINI *Baſiliae* 1760. 4. 8) *Arnold.* VINNII in IV. libros Inſtitution. Commentarius

Inſtitutionibus citantur, et in Codice repetitae praelect. omiſſae ſunt. *Lemgoviae* 1735. 4.

tarius academicus et forensis cum animadversionibus Io. Gottl. HEINECCII. Lugd. Batav. 1767. 4. Wir haben auch Uebersetzungen von den Institutionen des Justinians beynahe in allen europäischen Sprachen. Uns interessiren hier nur folgende: 1) Die griechische Paraphrase des Theophilus, ehemaligen Rechtslehrers zu Constantinopel. Es ist sehr wahrscheinlich, daß dieser Theophilus eben derselbe sey, dessen Justinian in den Prooemium seiner Institutionen mit so vielen Lobsprüchen gedacht hat [4]); und eben so glaublich, daß diese Paraphrase aus den Dictaten des Theophilus über die Institutionen des Justinians erwachsen sey [5]); wenigstens kann man sich nun erklären, woher die mancherley Unrichtigkeiten entstanden sind, die man in dieser Paraphrase hin und wieder findet. Diese abgerechnet, bleibt die Paraphrase des Theophilus immer ein sehr gutes Hülfsmittel zur Erläuterung des lateinischen Textes [6]). Die beste Ausgabe ist die, welche Wilh. Otto Reitz mit einer neuen lateinischen Uebersetzung und den Anmerkungen, auch verschiedenen

4) S. Io. Henr. MYLII Theophilus I. de graecarum iuris Institutionum, earundemque auctoris historia, aetate, auctoritate, fatis, doctibus, naevis. libi sing. Lipsiae 1731. 4. Lugd. Batav. 1733. 8. und in der Reitzischen Ausgabe des Theophilus T. II. pag. 1933. Desgleichen Ioh. Gottfr. SAMMET conjecturae de Theophili vita et Ἐρμηνεία Institutionum Lipsiae, 1750. und in *Opusc.* N. VIII. pag. 213. folgg.

5) Sehr gründlich hat dieses Wilh. Otto Reitz in der Vorrede zu seiner Ausgabe der Paraphrase §. 46. pag. 27. dargethan.

6) ECKHARD hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 294. u. folgg. auch WALCH ad Eundem.

nen Abhandlungen der eleganteſten Civiliſten und ſeinen eigenen zu Haag 1751. Tomis II. veranſtaltet hat. II) Teutſche Ueberſetzungen, beſonders folgende: des K. Juſtinians vier Bücher der Inſtitutionen nach dem angehängten Grundtext, überſetzt von zweyen Freunden der Rechtsgelehrſamkeit. (Chriſt. Fried. Helwing, und Joh. Alb. Herm. Heldmann) Lemgow 1765. 8. III) Franzöſiſche. Les quatre livres des Inſtituts de l'Empereur Iuſtinien en latin et en francois. Traduits par le Sieur *Du* TEIL *a Lyon* 1681. Tomes II. 8.

§. 52.

Von den Pandecten des K. Juſtinians.

Den zweyten Hauptheil des röm. Geſetzbuchs machen die Pandecten aus. Juſtinian ließ ſie von ſechzehen der gelehrteſten Männer ſeiner Zeit [7]) und unter der Direction des Tribonians, ſeines Hofkanzlers, aus den beſten Schriften der ältern röm. Rechtsgelehrten zuſammentragen. Sie enthalten daher lauter Excerpte aus denſelben, welche nach den Materien unter gewiſſe Bücher und Titel ſind gebracht worden. Dieſes Werk wurde im Monat December des Jahrs 533. bekannt gemacht, und durch zwey Edicte an den Senat und das Volk beſtätiget [8]). Der Name der Sammlung iſt bekanntlich *Digeſta* ſive *Pandectae*; Benennungen, welche ſchon längſt vor Juſtinians Zeiten die alten römiſchen Juriſten ihren Rechtsſyſtemen beylegten. *Digeſta* wer-

7) In der Conſtitut. Iuſtiniani *de confirmatione Digeſtorum ad Senatum* §. 9. findet man ſie angeführt.

8) S. *Praefat* 2. und 3. *ad Digeſta.*

werden ſie von der Ordnung genennt, in welcher die Rechtsmaterien rangirt ſind: *Pandectae* aber darum, weil ſie ein vollſtändiger Inbegriff, oder Sammlung alles deſſen ſeyn ſollten, was in den Schriften der alten römiſchen Juriſten brauchbares enthalten war, von παν (alles) und δέχεσθαι zuſammen faſſen. Nur vierzig Rechtsgelehrten wiederfuhr die Ehre, daß man ſie bey der Compilation der Pandecten als Quellen benutzte, aus deren Schriften dieſes Werk compiliret worden iſt. Ihre Namen, mit welchen die Ueberſchriften der einzelnen Stellen in den Pandecten bezeichnet ſind, ſind folgende: Aelius Gallus, Cäcilius Africanus, P. Alfenus Varus, P. Furius Anthianus, Aurelius Arcadius Charisius, T. Cajus, Calliſtratus, P. Juventius Celſus, Q. Cervidius Scävola, Claudius Saturninus, Florentinus, J. Gallus Aquila, Claudius Hermogenianus, Javolenus Priscus, Solvius Julianus, M. Antiſtius Läbeo, Aemilius Macer, L. Voluſius Mäcianus, Ulpius Marcellus, Aemilius Marcianus, Junius Mauricianus, Rutilius Maximus, Arrius Menander, Herennius Modeſtinus, Q. Mucius Scävola, Neratius Priscus, Aemilius Papinianus, Papirius Juſtus, Julius Paulus, S. Pomponius, Sempronius Proculus, Licinius Ruſinus, Maſurius Sabinus, Tarunrenus Paternus, Terentius Clemens, Q. Septimius Florens Tertullianus, Claudius Tryphoninus, Aburnus Valens, Q. Venulejus Saturninus, und Domitius Ulpianus. Man findet in der Florentiniſchen Handſchrift der Pandecten ein Verzeichniß dieſer Rechtsgelehrten und ihrer Schriften vorgeſetzt, welches aber ſehr unvollſtändig, und überdies auf eine Art abgefaßt iſt, die es ſehr unglaublich macht, daß es eben dasjenige ſey, welches auf Be-

fehl

I. Abschnitt.

von

den in Teutschland geltenden fremden Gesetzen, welche als Quellen der bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrsamkeit anzusehen sind.

A.

Vom römischen Rechte.

---

§. 47.

Begriff und Eintheilung des römischen Rechts.

In der weitläuftigen Bedeutung versteht man unter dem römischen Rechte den Inbegriff aller und jeder Gesetze, welche in dem römischen Staate von dessen erstern Gründung an, bis auf den Untergang des griechischen Kaiserthums gegolten haben. In der eigentlichen Bedeutung aber wird darunter das Justinianeische Recht, oder der Inbegriff der zu Justinians Zeiten in dem römisch-griechischen Kaiserthume gültig gewesenen Gesetze, welche in dem Corpore iuris civilis enthalten sind, verstanden. Nimmt man das römische Recht in dem ersteren generellen Sinne, so enthält solches drey verschiedene Theile. a) das Antejustinianeische, b) das Justinianeische und c) das Postjustinianeische römische Recht.

§. 48.

a) Ueberbleibsel des Antejustinianeischen römischen Rechts.

Soviel zuerst die vor Justinians Zeiten gültig gewesenen röm. Gesetze anbetrift, so haben wir von diesen h. z. T. noch folgende Fragmente [85]).

I) Die Ueberbleibsel der königlichen Gesetze, (Aut. §. 47. u. 48.) welche von den röm. Königen gegeben, und durch die Stimmen des römischen Volks auf den comitiis curiatis bestätiget worden sind. C. Papirius, dem als Pontifex Maximus die Sorge für die Erhaltung der Gesetze von Amtswegen oblag, brachte sie nach Vertreibung der Könige in eine vollständige Sammlung, welche theils zur Ehre ihres Verfassers, theils weil sie das damals geltende schriftliche Civilrecht der Römer enthielt, *ius civile Papirianum* genennt wurde. Eben dieser Mann hatte auch schon vorher die Tafeln, worauf Ancus Marcius die geistlichen Gesetze des Königs Numa aufzeichnen, und zur allgemeinen Notiz im Foro aufstellen lassen, weil sie durch die Länge der Zeit veraltert und verdorben waren, wieder hergestellet. [86]) Daher der gemei-

85) Hierbey verdienen vorzüglich Just. Henning Böhmers Gedanken von den verlohrnen alten römischen Gesetzen und Rechtsbüchern, wie auch von den grossen Bemühungen der Gelehrten, solche wieder herzustellen, in Schotts iurist. Wochenblatt 3. Jahrgang 1774. N. XXVIII. S. 497—534 nachgesehen zu werden.

86) Auf diese Art sind die Nachrichten des Pomponius *L.* 2. §. 2. und §. 36. *D. de O. I.* und des Dionysius von

gemeine Irrthum entſtanden, als ob nur allein die geiſtlichen Geſetze des Numa von Papirius geſammelt worden wären, welche ich an einem andern Orte widerlegt habe [87]). Die Fragmenta legum regiarum et iuris papiriani findet man mit einer Erläuterung beym Hoffmann *Tom II. Hiſtoriae iuris.* pag. 1 - 64.

II) Die Fragmente der zwölf Tafelgeſetze. (Autor §. 49.) Sie wurden von zehen dazu verordneten Männern, die man aus den vornehmſten Gliedern des Senats erwählet hatte, hauptſächlich aus griechiſchen deshalb eingeholten Geſetzen verfaſſet, und im Jahr der Erbauung Roms 306. unter dem Conſulate des L. Valerius und M. Horatius in 12. ehernen Tafeln bekannt gemacht. Jacob Gothofredus [88]) hat dieſe Ueberbleibſel am beſten reſtituirt; und Bouchaud zu Paris hat ſie am vollſtändigſten erläutert [89]).

III) Die Ueberreſte einzelner römiſcher Geſetze, z. B. des *Legis Mamiliae finium regundorum* [90]), *Legis*

Halicarnaſſus Antiquit. Rom. Lib. III. p. 178. nach der Sylburg. Ausgabe mit einander zu vereinigen.

87) S. meine Abhandlung de iure civili papiriano. (*Opuſculor.* faſc. II. *Erlangae* 1786.)

88) Fontes quatuor iuris civ. *Genevae* 1653. Lib. I.

89) Commentaire ſur la Loi des douze Tables. *Paris* 1787 gr. 4.

90) *Car.* Saxii Diſp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. Traj. ad Rhen. 1779.

Legis Voconiae [91]), *Legis Aeliae Sentiae* [92]), *Legis Iuliae et Papiae Poppaeae* [93]) u. d. m. welche durch die rühmlichen Bemühungen verschiedener Rechtsgelehrten, so viel möglich gewesen, wiederhergestellet worden sind [94]).

IV) Die Bruchstücke von dem Edicto Perpetuo. Aut. §. 65.) Salvius Julianus verfertigte diese Sammlung auf Befehl Kr. Hadrians aus den brauchbarsten Edicten der röm. Magistratspersonen, vornämlich der Prätoren [95]). Sie wurde im Jahr Christi 131. als ein Gesetzbuch bekannt gemacht. Was davon auf unsere Zeiten gekommen, haben wir den Bemühungen eines Baro, Perräus, Ranchinus, Gothofredus, Noodt und Heineccius zu verdanken [96]). Ranchins Edictum perpetuum

91) *Iac.* PERIZONII Diss. de Lege Voconia, feminarumque apud veteres hereditatibus, in *Triade ab* HEINECCIO *edita Halae* 1722. 4.

92) Die Fragmente dieses Gesetzes findet man in HEINECCII Antiquit. Rom. Lib. I. Tit. VI. §. 12.

93) Nach *Iac.* GOTHOFREDUS hat dieses wichtige Gesetz am vollständigsten *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Commenc. ad Legem Iuliam et Pap. Poppaeam. *Amstel.* 1731. 4. restituirt.

94) S. *Ant.* AUGUSTINI de Legibus et Senatusconsultis liber, adiunctis Legum antiquarum et SCtorum fragmentis, cum notis FULVII VRSINI. *Parisiis* 1584. fol.

95) *L.* 2. §. 18. *Cod. de vet. iur. enucleando.* Hr. Prof. Hugo in seinem Lehrbuch der Rechtsgeschichte (Berlin 1790. 8.) §. 105. hat jedoch gegen diese gemeine Behauptung einige Zweifel vorgebracht.

96) Man vergleiche hier die lesenswürdige Abhandlung des Hrn. Oberhofgerichtsassessors Haubold über die Versuche, das prätori-

petuum Paris 1597. 8. findet sich auch in Hofmanns Histor. iuris Vol. II. pag. 305. — 360. mit einigen schätzbaren Anmerkungen und Berichtigungen des Herausgebers. *Iac.* GOTHOFREDI Series edicti perpetui erschien zuerst in seinen *Fontibus quatuor iuris civ.*, ist aber noch in mehrern andern Werken befindlich. Noodt ließ sich in seinem Pandekten-Commentar die Wiederherstellung des Edicts vorzüglich angelegen seyn. Allein sein Commentar umfaßt leider nur die ersten 27 Bücher. Dahingegen enthält die vereinigten Ranchinischen, Gothofredischen und Noodtischen Resultate Wielings seltnes Werk, welches unter dem Titel: *Fragmenta Edicti perpetui in usum lectionum publicarum*, zu Franecker 1733. in klein Quart herausgekommenen ist. Des Heineccius Arbeit in seinen *Opusculis postumis* Halae 1744. 4. ist zwar ein unvollendeter Versuch geblieben; er enthält aber doch in Absicht auf die Form und Ordnung des Edicts manche Berichtigungen seiner Vorgänger, und in den Anmerkungen unter dem Texte des Edicts sehr viel Gutes.

V) Die Fragmente der alten römischen Juristen, welche ausser unserm Corpore iuris civ. sind aufbehalten worden. Dahin gehören 1) CAII *Institutionum libri II.* 2) IVLII PAVLI *Sententiarum Receptarum libri V.* 3) *Tituli ex corpore* VLPIANI XXIX. 4) *Mosaicarum et Romanarum Legum collatio.* 5) MODESTINI *Regularum fragmentum unicum;* 6) *Fragmentum veteris ICti de iuris speciebus et manumissionibus.* 7) *Consultatio veteris ICti de pactis;* und 8) PAPIANI *responsorum*

torische Edict herzustellen, in Hugo Civilistischen Magazine 2. Bandes 3. Heft (Berlin 1796.) Nr. XIV. S. 288. ff.

sarum liber. Alle dieſe Ueberbleibſel hat **Anton Schulting** in Iurisprudentia veteri anteiuſtinianea. *Lugduni Batavor.* 1717. 4. und *cum praefatione* Ge. Henr. AYRERI *Lipſiae* 1737. geſammlet, auch mit ſeinen eignen ſowohl, als anderer Rechtsgelehrten Anmerkungen vortreflich erläutert. Hierbey iſt noch zu bemerken, daß auch *Ger.* MEERMANN die Fragmente des **Cajus**, **Paulus** und **Ulpians** mit ſeinen critiſchen Anmerkungen ſowohl, als mit den Noten des **Peter Fabers** dem VII. Tomo. ſeines *Theſauri iur. civ. et canon.* einverleibt hat. Dieſen ſind noch beyzufügen: *Ulpiani* Fragmenta libri ſingularis regularum et incerti auctoris collatio legum Moſaicarum et Romanarum cum notis *Io.* CANNEGIETERI. *Trajecti ad Rhen.* 1768. 4. und *Herm.* CANNEGIETERI Commentarius ad Fragmenta veteris iurisprudentiae, quae extant in collatione legum Moſaicarum et Rom. *Franequerae* 1765. 4. Endlich hat auch Herr Prof. **Hugo** ſowohl des *Iulii Pauli* Sentent. receptas **Berlin** 1795. 8. als *Ulpiani* Fragmenta libri regularum. **Göttingen** 1788. 8. edirt.

VI) **Die Ueberbleibſel von dem Gregorianiſchen und Hermogenianiſchen Codex.** Beyde Sammlungen enthalten die Verordnungen der römiſchen Kaiſer vor **Conſtantin** dem Großen, ſie ſind jedoch wahrſcheinlich erſt unter dieſem Kaiſer, und zwar die erſtere vom **Gregorius**, welcher im Jahr Chriſti 336. *Praefectus Praetorio* geweſen, die andere aber von dem römiſchen Juriſten **Hermogenian**, vielleicht als Supplement der erſtern, verfertiget worden [97]). (Aut. §. 63.) Am vollſtän-

97) S. *Chriſt. Frid.* PONL de codicibus Gregoriano atque Hermogeniano Commentat. hiſtorica. *Lipſiae* 1777.

digſten hat die *Fragmenta codicis Gregoriani et Hermogeniani* Anton Schulting in iurisprud. vet. anteiuſtin. pag. 683 — 718. edirt, und mit ſeinen Anmerkungen erläutert.

VII) Die Fragmente des Theodoſianiſchen Codex. Sie enthalten blos die Verordnungen der chriſtlichen Kaiſer vom Conſtantin bis Theodoſius II. in ſechzehen Büchern. Die ganze Sammlung machte Theodoſius im Jahr Chriſti 438. bekannt. (Auct §. 64.) Nach Sichard, Tilius und Cujacius hat *Iac.* GOTHOFREDUS die Fragmente dieſes Codex am beſten und vollſtändigſten ediret, und ſie mit einem vortreflichen Commentar verſehen. Dieſes unſchätzbare Werk kam erſt nach dem Tode des Gothofredus durch die Beſorgung des Anton Marvilius zu Lyon 1665. heraus. Die neueſte und beſte Ausgabe iſt jedoch diejenige, welche mit Joh. Daniel Ritters herrlichen Zuſätzen in ſechs Theilen in Folio zu Leipzig in den Jahren 1736 — 1745. erſchienen iſt. Endlich

VIII) Die Novellen der römiſchen Kaiſer vor Juſtinian, die noch nach dem Theodoſianiſchen Codex in den Jahren 439. bis 468. promulgirt worden ſind. Joh. Daniel Ritter hat ſie unter dem Titel: *Novellae Conſtitutiones Imperatorum Iuſtiniano anteriorum, Theodoſii, Valentiniani, Martiani, Maioriani, Severi, Leonis et Anthemii*, dem 6ten Theile ſeiner Ausgabe des Theodoſianiſchen Codex beygefügt, und mit einem treflichen Commentar begleitet. Die ganze Sammlung iſt in fünf Bücher abgetheilt. Auſſerdem haben Anton Zirardini, Faenza 1766. 8. und Joh. Chri-

Christian Amaduzzi, Rom. 1767. in Folio, aus einer Ottobonianischen Handschrift einoch fünf Verordnungen der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. mit weitläuftigen und sehr gelehrten Erklärungen herausgegeben, welche vorher nirgends gedruckt waren [98].

§. 49.

Heutiger Gebrauch derselben.

Alle diese bisher gedachten Reliquien des Antejustinianeischen römischen Rechts haben nun zwar heutiges Tages keinen gerichtlichen Gebrauch mehr, weil nur das justinianeische Recht in Teutschland recipirt ist, und überdies K. Justinian jene ältere Rechtsbücher cassirt, ja deren gerichtlichen Gebrauch verboten hat [99]. Allein deßwegen dürfen wir sie keinesweges verachten, noch die Bemühungen jener großen Rechtsgelehrten für vergeblich halten, die sich um die Wiederherstellung derselben verdient gemacht haben; weil sie zum gründlichen Studium des römischen Rechts in mehr als einer Rücksicht unentbehrlich sind. Denn einmahl lernt man aus jenen Fragmenten das

98) Das Werk des *Antonii* ZIRARDINI hat folgenden Titel: *Imperatorum Theodosii iunioris et Valentiniani III. Novellae Leges, caeteris anteiustinianeis, quae in Lipsiensi anni 1745. vel in anterioribus editionibus vulgatae sunt, addendae.* Faventiae 1766. gr. 8. Der Titel von dem Werk des AMADUTIUS aber ist dieser: *Leges Novellae V. anecdotae Impp. Theodosii iunioris et Valentiniani III. cum caeterarum etiam Novellarum editarum titulis* Romae 1767. fol.

99) S. *Constitut.* IUSTINIANI *de confirmat. Digestor. ad Senatum et omnes populos* §. 19.

alte römische Recht kennen, welches Justinian aufgehoben, und öfters nur mit kurzen Worten erwähnet hat; nun wird man sich keinen deutlichen und vollkommenen Begrif vom neuern römischen Rechte machen können, wenn man sich nicht erst vorher mit dem ältern Rechte gehörig bekannt gemacht hat. Ja man wird es öfters finden, daß Justinian durch Aufhebung des vor seinen Zeiten üblich gewesenen Rechts, welches durch die ältern röm. Kaiser eingeführt worden, zuweilen das weit ältere Recht, welches zur Zeit der freyen Republic gegolten, wieder hergestellet habe, wie solches aus dem Titel des Codex *de caducis tollenais* und mehrern anderen Materien zu erkennen ist. Sodann lassen sich die aus den Schriften der römischen Juristen zusammengetragene Pandecten des Justinians ohne jene ältere Quellen schlechterdings nicht verstehen, weil unzählige Stellen in denselben sich auf jene ältern römischen Gesetze beziehen, und eine Erläuterung derselben enthalten. Ferner sind viele Gesetze sowohl in den Pandecten als im Codex verstümmelt, aus ihrem Zusammenhange gerissen, und durch die Compilatoren interpolirt und verändert worden, welche aus den obenerwähnten Ueberbleibseln des anteiust. römischen Rechts ergänzt und wiederhergestellet werden können. Denn aus der Vergleichung derselben kann man ersehen, wie die Worte der Gesetze ursprünglich gelautet, und was darin der Kaiser nach dem Zustande seiner Zeiten ändern oder einschalten lassen; dergleichen Aenderungen in den Worten der Gesetze, wie bekannt, *Emblemata Triboniani* genennet werden. Auch viele durch fehlerhaftes Abschreiben und Abdrucken unserer Justinianeischen Gesetzbücher entstandene Verfälschungen der Gesetze lassen sich aus jenen alten Ueberbleibseln berichtigen, u. d. m. Man sieht also hieraus, wie

wenig man die Kenntniß des alten römischen Rechts und das Studium der Quellen desselben entbehren kann, wenn man das Justinianeische Recht gründlich bearbeiten will, und wie vielen Dank man denjenigen unsterblichen Rechtsgelehrten schuldig ist, die sich um die Wiederherstellung, Sammlung und Erläuterung obiger Fragmente des Antejustinianeischen Rechts so rühmlich bemühet haben [100]).

§. 50.

b) Von dem Justinianeischen Rechte oder *Corpore iuris civilis*, dessen Begriff und Theilen überhaupt.

Den zweyten Hauptheil des römischen Rechts macht das Justinianeische Recht aus, welches die im Corpore iuris civilis enthaltene, und zur Zeit des Kaiser Justinians in dem römisch-griechischen Kaiserthume gültig gewesenen Rechte in sich begreift. Zu diesem Justinianeischen Rechte gehören also theils diejenigen Sammlungen der römischen Gesetze, welche auf Befehl des Kaisers Justinian von Tribonian und seinen Gehülfen sind verfertiget worden, nämlich die Institutionen, Pandecten, und der Codex; theils die denselben beygefügte eigene Verordnungen dieses Kaisers, als die Novellen und die sogenannten 13 Edicte des K. Justinians. Den Inbegriff dieser verschiedenen Sammlungen des Justinianei-

 schen

100) Man sehe hier vorzüglich nach ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VI. §. 262. und folg. und Walch in den Anmerkungen pag. 477—490. wo man von den oben gedachten *Fragmentis iuris anteiustinianei* eine sehr vollständige Nachricht finden wird.

schen Rechts nennt man CORPUS IURIS CIVILIS; welcher Name weder vom Justinian noch von den sogenannten Glossatoren des römischen Rechts herrühret, sondern erst in neuern Zeiten entstanden ist, als man anfieng, die Justinianeischen Gesetzsammlungen zusammenzudrucken, die man anfangs nur einzeln und besonders zu ediren pflegte. Dionysius Gothofredus, der sich durch seine Ausgaben des römischen Rechtskörpers bekannt genug gemacht hat, soll den Namen *Corpus iuris civilis* zuerst gebraucht haben; er edirte unter dieser Aufschrift die Justinianeischen Gesetzsammlungen zu Lyon 1583. 4. [1]). Man pflegt die Sammlungen des Justinianeischen Rechts in libros *elementares*, *systematicos* und *suppletorios* einzutheilen, und rechnet zu der erstern Classe die Institutionen, zu der andern die Pandecten und den Codex, und zu der dritten die Novellen und Edicte des K. Justinians. Wir wollen jetzt von den einzelnen Theilen des Justinianeischen Rechts noch etwas ausführlicher handeln [2]).

§. 51.

Von den Institutionen des K. Justinians.

Unter den Haupttheilen des römischen Gesetzbuchs nehmen nun die Institutionen des K. Justinians den ersten

1) S. des Hrn. Canzlers KOCH Diss. de ordine Legum in Pandectis. *Giss.* 1784. §. 1. *Not. b.*

2) Hiervon handeln auch Joh. Hieron. Herrmann Historia corporis iuris Iustinianei, oder historische Nachricht von den Institutionen, Pandecten, Codex und Novellen. Jena 1731. 8. *Ad.* RICCIUS de librorum iuris romani quantitate et qualitate. *Regiomont.* 1657. 8. *Alb.* GENTILIS de libris iuris civ. *Hannoviae* 1605. 12. vorzüglich aber *Chr. Gottl.* HAUBOLD in Praecognitis iuris Rom. privati novissimi. Lipsiae 1796.

ersten Platz ein. Sie sind zwar erst nach den Pandecten verfertiget worden, aber sie wurden doch eher als die Pandecten, nämlich am 21. November des Jahrs 533. bekannt gemacht, ob sie gleich erst am 30. December zugleich mit den Pandecten die gesetzliche Bestätigung erhalten haben. (Autor §. 70.). Die Verfasser derselben sind **Tribonian**, und die beyden Rechtslehrer **Theophilus** und **Dorotheus**. Diesen befahl **Justinian**, die Hauptgrundsätze des ältern und neuern Röm. Rechts zum Unterricht für die Anfänger ins kurze zu ziehen: ut essent totius legitimae scientiae prima elementa. Se sind nach dem Muster der Institutionen des **Cajus** in vier Bücher und jedes Buch in verschiedene Titel eingetheilt. Jeder Titel enthält eine besondere Rechtsmaterie, welche in der Ueberschrift desselben angezeigt wird, und ist wieder in gewisse Abschnitte abgetheilt, von denen der erste *Principium*, die folgenden aber **Paragraphen** heissen. Ihre Hauptquellen sind die Institutionen des **Cajus**, und die früher verfertigten Pandekten des K. **Justinians**, aus denen sie größtentheils excerpirt sind. Jedoch finden sich auch hin und wieder **Abweichungen** von den letztern, welche zuweilen mit **Vorsatz** gemacht worden sind, zuweilen aber nur einen **Irrthum** zum Grunde haben, wovon ich in der Folge (§. 80.) ein mehreres sagen werde. Ausserdem werden auch in den Institutionen Verordnungen älterer römischer Kaiser, als in dem Codex befindlich, angeführt, welche jedoch heutiges Tages in demselben nicht anzutreffen sind, z. B. §. 7. *I. de testam. ordin.* §. 27. *I. de legatis* u. a. m. [3]). Manche neue Verord-

3) Man vergleiche deshalb *Io. Cod.* SCHAUMBURG Commentar. de constitutionibus Imperatorum antiquis iis speciatim, quae in Insti-

ordnungen vom Justinian selbst findet man auch hier, die man in den Gesetzbüchern dieses Kaisers nirgends weiter antrifft. Z. B. §. 7. — 9. *I. de fideicomm. hereditat.* und §. 10. *I. de testam ordin.* Uebrigens verdient dieses kleine Werk sowohl wegen der darin herrschenden guten Ordnung, als wegen der darin enthaltenen vortreflichen Anleitung, die römische Rechtsgelahrtheit chronologisch d. i. nach den mancherley Abwechselungen, die sich in den einzelnen Rechtsmaterien zugetragen haben, zu studiren, eine vorzügliche Empfehlung. Die beste Lesearт enthält die Ausgabe des *Iac.* CUJACIUS Paris 1585. 12. welche Joh. Bernh. Köhler zu Göttingen 1772. 8. wieder auflegen lassen. Sie ist auch in der Gebauerischen Ausgabe des Corporis iuris civ. aufs neue abgedruckt. Unter den Commentaren sind die vorzüglichsten 1) *Franc.* BALDUINI Commentarius. *Paris* 1554. fol. 2) *Franc.* HOTOMANNI Commentarius. *Lugduni* 1588. fol. 3) *Iac.* CUJACII Notae priores et posteriores. (*Oper.* Tom. I.) 4) *Franc.* BROEI Expositio in Institutiones *Paris* 1622. 4. 5) *Ant.* MATTHAEI Commentarius ad Institutiones. *Ultrajecti* 1672. 4. 6) *Iani a* COSTA Commentarius curante *Ioanne van de* WATER. nach der neuesten Ausgabe des *Io. Conr.* RÜCKER Lugd. Batav. 1744. 4. 7) *Everardi* OTTONIS Commentarius et notae criticae ad Institut. libros IV. Ultrajecti 1729. und cum praefat. *Christoph. Frid.* HARPPRECHT. Francof. et Lipsiae 1743. 4. auch studio *Io. Rud.* ISELINI *Basiliae* 1760. 4. 8) *Arnold.* VINNII in IV. libros Institution. Commentarius

Institutionibus citantur, et in Codice repetitae praelect. omissae sunt. *Lemgoviae* 1735. 4.

tarius academicus et forensis cum animadversionibus Io. Gottl. HEINECCII. Lugd. Batav. 1767. 4. Wir haben auch Uebersetzungen von den Institutionen des Justinians beynahe in allen europäischen Sprachen. Uns interessiren hier nur folgende: 1) Die griechische Paraphrase des Theophilus, ehemaligen Rechtslehrers zu Constantinopel. Es ist sehr wahrscheinlich, daß dieser Theophilus eben derselbe sey, dessen Justinian in den Proœmium seiner Institutionen mit so vielen Lobsprüchen gedacht hat [4]); und eben so glaublich, daß diese Paraphrase aus den Dictaten des Theophilus über die Institutionen des Justinians erwachsen sey [5]); wenigstens kann man sich nun erklären, woher die mancherley Unrichtigkeiten entstanden sind, die man in dieser Paraphrase hin und wieder findet. Diese abgerechnet, bleibt die Paraphrase des Theophilus immer ein sehr gutes Hülfsmittel zur Erläuterung des lateinischen Textes [6]). Die beste Ausgabe ist die, welche Wilh. Otto Reitz mit einer neuen lateinischen Uebersetzung und den Anmerkungen, auch verschiedenen

4) S. *Io. Henr.* MYLII Theophilus s. de graecarum iuris institutionum, earundemque auctoris historia, aetate, auctoritate, fatis, doctibus, naevis. libi sing. *Lipsiae* 1731. 4. Lugd. Batav. 1733. 8. und in der Reitzischen Ausgabe des Theophilus T. II. pag. 1033. Desgleichen *Ioh. Gottfr.* HAMMII coniecturae de Theophili vita et Ἐρμηνεία Institutionum Lipsiae, 1750. und in *Opusc.* N. VIII. pag. 213. folgg.

5) Sehr gründlich hat dieses Wilh. Otto Reitz in der Vorrede zu seiner Ausgabe der Paraphrase §. 46. pag. 27. dargethan.

6) ECKHARD hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 294. u. folgg. auch WALCH ad Eundem.

nen Abhandlungen der elegantesten Civilisten und seinen eigenen zu Haag 1751. Tomis II. veranstaltet hat. II) Teutsche Uebersetzungen, besonders folgende: des K. Justinians vier Bücher der Institutionen nach dem angehängten Grundtext, übersetzt von zweyen Freunden der Rechtsgelehrsamkeit. (Christ. Fried. Helwing, und Joh. Alb. Herm. Heldmann) Lemgow 1765. 8. III) Französische. Les quatre livres des Instituts de l'Empereur Iustinien en latin et en francois. Traduits par le Sieur *Du* TEIL *a Lyon* 1681. Tomes II. 8.

§. 52.

Von den Pandecten des K. Justinians.

Den zweyten Haupttheil des röm. Gesetzbuchs machen die Pandecten aus. Justinian ließ sie von sechzehen der gelehrtesten Männer seiner Zeit [7]) und unter der Direction des Tribonians, seines Hofkanzlers, aus den besten Schriften der ältern röm. Rechtsgelehrten zusammentragen. Sie enthalten daher lauter Excerpte aus denselben, welche nach den Materien unter gewisse Bücher und Titel sind gebracht worden. Dieses Werk wurde im Monat December des Jahrs 533. bekannt gemacht, und durch zwey Edicte an den Senat und das Volk bestätiget [8]). Der Name der Sammlung ist bekanntlich *Digesta* sive *Pandectae*; Benennungen, welche schon längst vor Justinians Zeiten die alten römischen Juristen ihren Rechtssystemen beylegten. *Digesta* wer-

7) In der Constitut. Iustiniani *de confirmatione Digestorum ad Senatum* §. 9. findet man sie angeführt.

8) S. *Praefat* 2. und 3. *ad Digesta.*

werden sie von der Ordnung genennt, in welcher die Rechtsmaterien rangirt sind: *Pandectae* aber darum, weil sie ein vollständiger Inbegriff, oder Sammlung alles dessen seyn sollten, was in den Schriften der alten römischen Juristen brauchbares enthalten war, von παν (alles) und δέχεσθαι, zusammen fassen. Nur vierzig Rechtsgelehrten wiederfuhr die Ehre, daß man sie bey der Compilation der Pandecten als Quellen benutzte, aus deren Schriften dieses Werk compiliret worden ist. Ihre Namen, mit welchen die Ueberschriften der einzelnen Stellen in den Pandecten bezeichnet sind, sind folgende: Aelius Gallus, Cäcilius Africanus, P. Alfenus Varus, P. Furius Anthianus, Aurelius Arcadius Charisius, T. Cajus, Callistratus, P. Juventius Celsus, Q. Cervidius Scävola, Claudius Saturninus, Florentinus, J. Gallus Aquila, Claudius Hermogenianus, Javolenus Priscus, Solvius Julianus, M. Antistius Labeo, Aemilius Macer, L. Volusius Mäcianus, Ulpius Marcellus, Aemilius Marcianus, Junius Mauricianus, Rutilius Maximus, Arrius Menander, Herennius Modestinus, Q. Mucius Scävola, Neratius Priscus, Aemilius Papinianus, Papirius Justus, Julius Paulus, S. Pomponius, Sempronius Proculus, Licinius Rufinus, Masurius Sabinus, Tarruntenus Paternus, Terentius Clemens, Q. Septimius Florens Tertullianus, Claudius Tryphoninus, Aburnus Valens, Q. Venulejus Saturninus, und Domitius Ulpianus. Man findet in der Florentinischen Handschrift der Pandecten ein Verzeichniß dieser Rechtsgelehrten und ihrer Schriften vorgesetzt, welches aber sehr unvollständig, und überdies auf eine Art abgefaßt ist, die es sehr unglaublich macht, daß es eben dasjenige sey, welches auf Be-

fehl

fehl des K. Justinians [9]) bey der Verfertigung der Pandecten vorgesetzt werden müssen [10]). Vollständiger sind die Verzeichnisse in des Abrahams Wielings *Iurisprudentia restituta*. Daß man sich bey dem Excerpiren der alten Juristen manche Veränderungen in dem Sinne und den Worten derselben erlaubt habe, da wo nämlich die veränderte Rechtsverfassung solches nothwendig zu erfordern schien, und daß diese Veränderungen in den Excerpten *Emblemata Triboniani* genennt werden, ist schon oben erinnert worden. Es wäre auch wohl kaum zu bemerken nöthig, daß die Pandecten in lateinischer Sprache geschrieben worden sind, und daß wir sie noch heutiges Tages in ihrer Originalsprache haben, wenn nicht Johann Jensius, ein bekannter holländischer Jurist, den witzigen Einfall gehabt hätte, zu behaupten, daß die heutigen Pandecten des Kr. Justinians aus einer griechischen Uebersetzung wären verfertiget worden [11]). Allein daß Gräcismen in den Pandecten vorkommen, beweißt seine Meinung noch nicht, denn sonst könnte man vielleicht auch darthun, daß sie aus einer hebräischen Uebersetzung herrühren, weil sie auch Hebraismen enthalten sollen [12]). Ueberdem ist

9) *L.* 3. §. 10. *C. de Vet. iure enucleando.*

10) *Io. Aug.* KESTNERUS, Index Pandectarum florentinus barbariei e medio aevo ad nos transmissae ἀνάτυπος. Francofurt. 1755. 4.

11) Ampliata demonstratio, Pandectas, nunc extantes, ex versione graeca esse trajectos, als Vorrede bey IENSII *strictioris ad Romani iuris Pandectas et Codicem. Lugd. Batav.* 1764. 4.

12) Vil. *Ge. Guil.* KIRCHMAIERI Diss. de veterum ICtorum hebraismis. in Desselben *Graeci defensione a Soloecismis* etc. p. 56. und *Christph.* WOLLE Epist. crit. de Hebraismis Ulpiani ICti *Lipsi.* 1759.

ist noch gar nicht ausgemacht, ob die vom Jenstius angeführten Gräcismen nicht gar Fehler der Abschreiber sind, wie mir Bach [13]), der den Jenstius sehr ausführlich widerlegt hat, ganz richtig zu erinnern scheint. Einige Stellen waren zwar allerdings ursprünglich griechisch, diejenigen nämlich, welche aus Modestins Büchern de excusationibus, und aus Papinian de officio aedilium municipalium genommen worden, die wir heutiges Tages in den meisten gemeinen Ausgaben der Pandecten, in einer eben nicht sonderlich gerathenen lateinischen Uebersetzung lesen; allein diese stammt von einem gewissen Burgundio her [14]), und es läßt sich also davon noch nicht auf das Ganze schliessen. Uebrigens ist das ganze Werk in sieben Theile und funfzig Bücher, jedes Buch in seine Titel, und jeder Titel wieder in einzelne Abschnitte, welche insgemein *Leges*, von andern aber richtiger *Capita* oder *Fragmenta*, genennt zu werden pflegen, abgetheilt. Die ersten vier Bücher der Pandecten, welche den ersten Theil derselben ausmachen, werden von Justinian Πρῶτα, der mittlere oder vierte Theil aber, welcher vom 20ten bis zum 27ten Buch geht, *media totius operis*, μέσον ἐπὶ τῦ παντος, auch *umbilicus Pandectarum* genennt [15]). Die alten Glossatoren haben noch überdies die Pan-

13) Unparth. Critic. über jurist. Schriften 1. Band S. 163. ff. Man vergleiche überdem *Io.* CANNEGIETER ad Ulpiani fragmenta. p. 9. Praefat. Observation. iur. civ. *Hugae Comit.* 1743. 8. *Adr. van* DORP. Observat. *Traj. ad Rhen.* 1769. 8. Cap. IX. p. 87.

14) S. *Leop. Andr.* GUADAGNI ad graeca Pandectarum Dissertationes. *Pisis* 1786. 4.

15) Constitut. *de confirmat. Digestor. ad Senatum et omnes Populos.* §. 2. sqq. und *L.* 2. §. 5. *L.* 3. §. 4. *C. de V. I. E.*

Pandecten in drey Theile, in das *digeſtum vetus*, *infortiatum* und *novum* eingetheilt. Das *digeſtum vetus* geht bis auf den zweyten Titel des vier und zwanzigſten Buchs *de divortiis et repudiis*; das *infortiatum*, oder der mittlere Theil, erſtreckt ſich vom 3ten Titel des 24ten Buchs bis ans Ende des 38ten Buchs. Das *Novum* endlich geht vom 1ten Titel des 39ten Buchs *de novi operis nunciatione* bis ans Ende der Pandecten. Ueber die Erklärung dieſer Benennungen iſt man nicht einig, anſtatt mich jedoch hierbey aufzuhalten, will ich die Worte des Johann Coraſius hierher ſetzen, welcher an einem gewiſſen Orte ſeiner *Epiſtolicarum Quaeſtionum* [16]) ganz richtig ſagt: iſtiusmodi diſputationem cervicoſis relinquendam, nec in talibus infrugiferis quaeſtionibus vel tantillum operae ponendum eſſe [17]). Um jedoch wieder auf die ſogenannten Leges unſerer Pandecten zu kommen, ſo finden ſich in denſelben nicht ſelten merkliche Widerſprüche, wenn auch gleich Juſtinian dieſen Vorwurf durchaus nicht gelten laſſen will [18]). Man vergleiche nur *L.* 16. §. 3. und *L.* 22. §. 5. *D. de lib. cauſa* mit *L.* 17. *D. eodem* [19]); ferner *L.* 15. *D. de teſtib.*

16) *Lib. I. cap.* 22.

17) Neuerlich hat jedoch Hr. Hofrath Heyne in Proluſ. Notatio corporis iuris gloſſati MS. Bibliothecae Georgiae Aug in EJ. *Opuſcul.* Vol. II. pag. 315. dieſe Benennungen aus der barbariſchen Latinität des mittlern Zeitalters ſehr gut erklärt.

18) Conſtitut. *de confirmat. Digeſtor.* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc Codice (Pandectarum) poſitum nullam ſibi locum vindicabit etc.

19) S. Püttmann Probabil. iuris civ. lib. ſing. Cap. V. §. 12.

testib. mit *L.* 20. §. 5. *D. Qui testam fac. poss.* [20]); desgleichen *L.* 68. §. 3. *D. de legat.* 1. mit *L.* 65. §. 2. *D. de legat.* 2. [21]); so wird man sich hiervon genugsam überzeugen können. Die natürliche Ursache dieser Antinomien ist, weil die Pandecten aus den Schriften sehr verschiedener Rechtsgelehrten sind compilirt worden, welche in ihren Grundsätzen und Rechtsmeinungen oft sehr von einander abgiengen; die Verfasser der Pandecten aber ihre Excerpte aus zu grosser Eilfertigkeit nicht sorgfältig genug mit einander verglichen haben. Wie man sich bey solchen Widersprüchen zu verhalten habe, werde ich in der Lehre von dem heutigen Gebrauche des Röm. Rechts §. 80. zeigen. Hier bemerke ich nur noch, daß man in den heutigen Ausgaben der Pandecten auch verschiedene Stellen findet, welche in den Handschriften der Glossatoren fehlten, und erst in neuern Zeiten von Jacob Cujacius, und Anton Contius aus den Basiliken des Kaisers Leo wieder hergestellet worden sind. Hierher gehören z. B. *L.* 7. §. 5. und *L.* 8—11. *de bonis damnatorum*; desgleichen *L.* 10—19. *D. de interdictis et relegatis* Dionysius Gothofredus hat diese Leges restitutas durch Cursiv Schrift zu unterscheiden gesucht, sie haben auch keine vollständige Inscription, sondern nur den Namen des Rechtsgelehrten. Sie gelten aber nicht in Praxi, weil sie nicht glossirt sind, wie ich an einem andern Orte dieses Commentars (§. 56) zeigen werde.

20) Meine Opuscula Fasc. I. pag. 143.

21) PÜTTMANN Interpretat. et Observat. cap. XXI. Vergeblich hat sich *Io. Conr.* RÜCKER Interpretat. Lib. II. c. 4. bemühet, diese Stellen mit einander zu vereinigen.

Ich komme nun auf die Ausgaben der Pandecten. Diese theilt man gewöhnlich ein in die Florentinische, Haloandrinische und Gemeine. Die Florentinische nennt man diejenige Ausgabe, welche von der vortreflichen Handschrift der Pandecten, die zu den Zeiten der alten Glossatoren in den Händen der Pisaner war, jetzt aber zu Florenz als eine Seltenheit aufbewahret wird [22]), abgedruckt, und durch Franz Taurellius zu Florenz im Jahr 1553. in Folio ist ediret worden. Die Haloandrinische Ausgabe hat ihren Namen von Gregorius Haloander, der die Pandecten auf Kosten des Nürnberger Stadtmagistrats im Jahr 1529. zu Nürnberg in Quart herausgegeben hat. Sie wird deshalb auch editio *Norica* genennt. Unter der *vulgata* endlich begreift man alle diejenigen Ausgaben der Pandecten, welche theils von solchen Handschriften sind abgedruckt worden, deren sich die alten Glossatoren bedient haben, theils eine Lesart enthalten, worin die meisten Handschriften und Ausgaben der Pandecten mit einander übereinstimmen [23]). Daß jedoch diese Eintheilung unrichtig sey, indem es weit mehrere, auch gemischte

22) Von der Florentinischen Handschrift der Pandecten sehe man *Henr.* BRENCMANNI historiam Pandectarum seu fatum exemplaris florentini. *Traj. ad Rhen.* 1722. 4. *Leop. Andr.* GUADAGNI de Florentino Codice, omnium, quae extant, Pandectarum exemplorum parente, Disquisitio, ex edit. WALCHII. *Ienae* 1755. 8. ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. 1. c. 2. §. 68 seqq. und WALCH ad Eundem.

23) D. Meurers juristische Beobachtungen. 1. Sammlung N. VII. S. 191. und folg. *Io. Conr.* RÜCKER in Praefact. EIUS *Interpretat et Observat. praemissa* pag. 3. und PÜTTMANNI Miscellaneor. iur. cap. 22.

mischte Ausgaben giebt, die aus der Vergleichung der Florentinischen, Haloandrinischen und gemeinen Lesearт entstanden sind, wie z. B. die Ausgabe des *Ludovici* MIRAEI Paris 1552 und 1553., haben auch schon andere bemerkt [24]). Besser werden sie in gemeine und critische Ausgaben eingetheilt [25]). Die vorzüglichsten Ausgaben habe ich bereits oben angeführt (S. 242. Note 56.) Da die Gothofredischen Ausgaben vom Corpore iuris civilis die gewöhnlichsten sind, die auch am öftersten in- und ausserhalb Teutschland in allen Formaten, Folio, Quart und Octav sind nachgedruckt worden, mithin in den Händen der meisten Rechtsgelehrten sich befinden, so ist es nöthig, von diesen Ausgaben der Pandecten verschiedenes zu bemerken. Der Text ist ziemlich fehlerhaft abgedruckt. Hauptsächlich richtete sich zwar Gothofredus nach dem florentinischen Text, allein unläugbar ist es, daß er denselben nicht rein geliefert habe, sondern bald der Vulgate, bald der Haloandrinischen Lesearт gefolgt sey. Der unverzeihlichste Fehler des Gothofreds ist jedoch dieser, daß er das, was Taurell und die folgenden Editoren mit verschiedenen Zeichen bemerkt haben, meist ohne allen Unterschied in Haken eingeschlossen hat; so daß man aus seinen Ausgaben nicht sehen kann, warum etwas auf eine gewisse Weise bezeichnet worden, sondern deswegen immer die Taurellische Ausgabe zu Hülfe nehmen muß [26]).

24). S. BRUNQUELL Histor Iuris. P. II. cap. V.

25) S. *Aug. Corn.* STOCKMANN ad BACHII histor. iurisprud. Rom. pag. 573. Not. *)

26) Es ist der Mühe werth, hier etwas weniges von den Zeichen des Taurellius und der übrigen Editoren, deren sie sich in ihren Ausgaben der Pandecten bedienet haben, zu bemerken.

Tau-

Man darf daher nicht glauben, daß irgend ein Wort deswegen verdächtig sey, weil es in einer Gothofrediſchen Ausgabe

Taurell hat deren fünf. Das erſte * * bedeutet, daß die damit bezeichneten Worte nicht im Text der florentiniſchen Handſchrift geſtanden, ſondern demſelben hernach durch einen alten Abſchreiber beygefügt worden ſind. Daß andere ⊳ gebraucht Taurell, wenn ihm etwas überflüſſig im Text zu ſeyn geſchienen; das dritte ( ) zeigt an, daß etwas in der Florentiniſchen Handſchrift nicht ſtehe, ſondern vom Taurell, um einen vollkommenen Verſtand herauszubringen, inſeriret worden; das vierte *) deutet Worte und Stellen an, die ihm verdächtig oder von der römiſchen Schreibart abzuweichen gedeucht haben; das fünfte endlich † drückt zwey verſchiedene Leſearten aus, davon Taurell die erſtere in den Text gebracht, die andere aber mit jenem Zeichen am Rande angemerkt hat. In der Präfation ſeiner Ausgabe hat Taurell alle die Charactere ſelbſt erklärt. Ruſſard bedient ſich noch eines andern Zeichens, || ||, und will damit anzeigen, daß dasjenige, was er in dieſes Zeichen eingeſchloſſen, entweder in den florentiniſchen Pandecten oder in andern Handſchriften und Ausgaben der Pandecten z. B. der Haloandriniſchen fehle. Dionyſius Gothofredus bedient ſich nicht nur des Ruſſardiniſchen Zeichens, ſondern auch noch anderer, als ( ) [ ] * † ohne daß man aus ſeinen Ausgaben ſehen kann, warum er etwas auf ſolche Art notiret hat, daher durch dieſe Zeichen viele Verwirrung im Text iſt angerichtet worden. Man ſehe Chriſt. Ulr. Grupens Abhandlung, wie die Pandecten von den verworrenen notis characteriſticis Editorum, und inſonderheit von der mendaciſſima nota RUSSARDI und *Dionyſ.* GOTHOFREDI || || zu ſäubern, und zum Theil zu rectificiren; in Deſſelben *Obſervat. Rer. et Antiquitat. Germ. et Rom.* Obſ. XV. und Phil. Fried. Weis Programm: Etwas über die im Text der Pandecten vorkommenden Zeichen, namentlich die Ruſſardiſche Note. Marburg 1793.

gabe in Haken oder halbe Zirkel eingeschlossen angetroffen wird. Die beste und auch wohl dem Drucke nach die schönste und prächtigste Ausgabe unter den Gothofrediſchen ist ohnstreitig diejenige, welche **Simon van Leeuwen** 1663. zu Amsterdam veranstaltet hat. Sie enthält den Gothofrediſchen Text, nur hier und da verbessert, daß aber die Pandecten ganz nach der florentiniſchen Handschrift hier wären geliefert worden, wie der Herausgeber versprochen, ist eine Unwahrheit. Mit Verwechselung der Zeichen sind auch in dieser Ausgabe eben die Fehler begangen worden, die wir oben an Gothofred gerügt haben. **Simon van Leeuwen** liefert ausser den Gothofrediſchen Anmerkungen noch viele andere von **Auguſtin, Govean, Jaconius, Bellonius, Contius, Ravard, Robert, Alciat, Hormann, Charondas, Cujaz, Leoninus, Salmaſius** und **Grotius**. Diesen fügte er auch noch seine eigene Bemerkungen hie und da bey, welche jedoch meist abgeschmackt und wie **Hennr. Brenkmann** [27]) richtig von denselben geurtheilt, einer so schönen Ausgabe ganz unwürdig sind. Uebrigens ist diese **Leeuwenſche** Ausgabe zwar richtiger als die übrigen **Gothofrediſchen**, hat aber doch auch manche grobe Druckfehler [28]). Unter den **Gothofrediſchen** Ausgaben mit Noten ist die **Frankfurter**

27) Hist. Pandect. Lib. III. c. 5. p. 298.

28) S. Joh. Conr. Rücker über einige Ausgaben des Corporis iuris civ. in des H. Prof. Siebenkees neuen juriſt. Magazin 1. B. Anspach 1784. N. VI. S. 194. — 201. KOCH Diſſ. de ordine legum in Pandectis, pag. 3 — 6. und *de* SENCKENBERG Mediat. iurid. (*Wezlar* 1789,) Manilla VI. pag. 176.

fehl des K. Justinians [9]) bey der Verfertigung der Pandecten vorgesetzt werden müssen [10]). Vollständiger sind die Verzeichnisse in des Abraham Wielings *Iurisprudentia restituta*. Daß man sich bey dem Excerpiren der alten Juristen manche Veränderungen in dem Sinne und den Worten derselben erlaubt habe, da wo nämlich die veränderte Rechtsverfassung solches nothwendig zu erfordern schien, und daß diese Veränderungen in den Excerpten *Emblemata Triboniani* genennt werden, ist schon oben erinnert worden. Es wäre auch wohl kaum zu bemerken nöthig, daß die Pandecten in lateinischer Sprache geschrieben worden sind, und daß wir sie noch heutiges Tages in ihrer Originalsprache haben, wenn nicht Johann Jensius, ein bekannter holländischer Jurist, den witzigen Einfall gehabt hätte, zu behaupten, daß die heutigen Pandecten des Kr. Justinians aus einer griechischen Uebersetzung wären verfertiget worden [11]). Allein daß Gräcismen in den Pandecten vorkommen, beweißt seine Meinung noch nicht, denn sonst könnte man vielleicht auch darthun, daß sie aus einer hebräischen Uebersetzung herrühren, weil sie auch Hebraismen enthalten sollen [12]). Ueberdem ist

9) *L. 3. §. 10. C. de Vet. iure enucleando.*

10) *Io. Aug.* KETTENBEIL Index Pandectarum florentinus barbariei e medio aevo ad nos transmissae ἀνέκδοτος. Francofurt. 1755. 4.

11) Ampliata demonstratio, Pandectas, nunc extantes, ex versione graeca esse trajectas, als Vorrede bey JENSII *stricturis ad Romani iuris Pandectas et Codicem. Lugd. Batav.* 1764. 4.

12) Vil. *Ge. Guil.* KIRCHMAIERI Diss. de veterum ICtorum hebraismis. in Desselben *Graeci defensione a Soloecismis* etc. p. 56. und *Christph.* WOLLE Epist. crit. de Hebraismis Ulpiani ICti *Lipsi.* 1759.

ist noch gar nicht ausgemacht, ob die vom Jensius angeführten Gräcismen nicht gar Fehler der Abschreiber sind, wie mir Bach [13]), der den Jensius sehr ausführlich widerlegt hat, ganz richtig zu erinnern scheint. Einige Stellen waren zwar allerdings ursprünglich griechisch, diejenigen nämlich, welche aus Modestins Büchern de excusationibus, und aus Papinian de officio aedilium municipalium genommen worden, die wir heutiges Tages in den meisten gemeinen Ausgaben der Pandecten, in einer eben nicht sonderlich gerathenen lateinischen Uebersetzung lesen; allein diese stammt von einem gewissen Burgundio her [14]), und es läßt sich also davon noch nicht auf das Ganze schliessen. Uebrigens ist das ganze Werk in sieben Theile und funfzig Bücher, jedes Buch in seine Titel, und jeder Titel wieder in einzelne Abschnitte, welche insgemein *Leges*, von andern aber richtiger *Capita* oder *Fragmenta*, genennt zu werden pflegen, abgetheilt. Die ersten vier Bücher der Pandecten, welche den ersten Theil derselben ausmachen, werden von Justinian Πρῶτα, der mittlere oder vierte Theil aber, welcher vom 20ten bis zum 27ten Buch geht, *media totius operis*, μέσον ἐπὶ τῦ παντος, auch *umbilicus Pandectarum* genennt [15]). Die alten Glossatoren haben noch überdies die Pan-

13) Unparth. Critic. über juriſt. Schriften 1. Band S. 163. ff. Man vergleiche überdem *Io.* CANNEGIETER ad Ulpiani fragmenta. p. 9. Praefat. Obſervation. iur. civ. *Hagae Comit.* 1743. 8. *Adr. van* DORP. Obſervat. *Traj. ad Rhen.* 1769. 8. Cap. IX. p. 87.

14) S. *Leop. Andr.* GUADAGNI ad graeca Pandectarum Diſſertationes. *Piſis* 1786. 4.

15) Conſtitut. *de confirmat. Digeſtor. ad Senatum et omnes Populos.* §. 2. ſqq. und *L.* 2. §. 5. *L.* 3. §. 4. *C. de V. I. E.*

Pandecten in drey Theile, in das *digeſtum vetus*, *infortiatum* und *novum* eingetheilt. Das *digeſtum vetus* geht bis auf den zweyten Titel des vier und zwanzigſten Buchs *de divortiis et repudiis*; das *infortiatum*, oder der mittlere Theil, erſtreckt ſich vom 3ten Titel des 24ten Buchs bis ans Ende des 38ten Buchs. Das *Novum* endlich geht vom 1ten Titel des 39ten Buchs *de novi operis nunciatione* bis ans Ende der Pandecten. Ueber die Erklärung dieſer Benennungen iſt man nicht einig, anſtatt mich jedoch hierbey aufzuhalten, will ich die Worte des Johann Coraſius hierher ſetzen, welcher an einem gewiſſen Orte ſeiner *Epiſtolicarum Quaeſtionum* [16]) ganz richtig ſagt: iſtiusmodi diſputationem cervicoſis relinquendam, nec in talibus infrugiferis quaeſtionibus vel tantillum operae ponendum eſſe [17]). Um jedoch wieder auf die ſogenannten Leges unſerer Pandecten zu kommen, ſo finden ſich in denſelben nicht ſelten merkliche Widerſprüche, wenn auch gleich Juſtinian dieſen Vorwurf durchaus nicht gelten laſſen will [18]). Man vergleiche nur *L.* 16. §. 3. und *L.* 22. §. 5. *D. de lib. cauſa* mit *L.* 17. *D. eodem* [19]); ferner *L.* 15. *D. de teſtib.*

16) *Lib. I. cap.* 22.

17) Neuerlich hat jedoch Hr. Hofrath Heyne in Proluſ. Notatio corporis iuris gloſſati MS. Bibliothecae Georgiae Aug in EJ. *Opuſcul.* Vol. II. pag. 315. dieſe Benennungen aus der barbariſchen Latinität des mittlern Zeitalters ſehr gut erklärt.

18) Conſtitut. *de confirmat. Digeſtor.* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc Codice (Pandectarum) poſitum nullam ſibi locum vindicabit etc.

19) S. Püttmann Probabil. iuris civ. lib. ſing. Cap. V. §. 12.

testib. mit *L.* 20. §. 5. *D. Qui testam fac. poss.* [20]); desgleichen *L.* 68. §. 3. *D. de legat.* 1. mit *L.* 65. §. 2. *D. de legat.* 2. [21]); so wird man sich hiervon genugsam überzeugen können. Die natürliche Ursache dieser Antinomien ist, weil die Pandecten aus den Schriften sehr verschiedener Rechtsgelehrten sind compilirt worden, welche in ihren Grundsätzen und Rechtsmeinungen oft sehr von einander abgiengen; die Verfasser der Pandecten aber ihre Excerpte aus zu grosser Eilfertigkeit nicht sorgfältig genug mit einander verglichen haben. Wie man sich bey solchen Widersprüchen zu verhalten habe, werde ich in der Lehre von dem heutigen Gebrauche des Röm. Rechts §. 80. zeigen. Hier bemerke ich nur noch, daß man in den heutigen Ausgaben der Pandecten auch verschiedene Stellen findet, welche in den Handschriften der Glossatoren fehlten, und erst in neuern Zeiten von Jacob Cujacius, und Anton Contius aus den Basiliken des Kaisers Leo wieder hergestellet worden sind. Hierher gehören z. B. *L.* 7. §. 5. und *L.* 8—11. *de bonis damnatorum*; desgleichen *L.* 10—19. *D. de interdictis et relegatis* Dionysius Gothofredus hat diese Leges restitutas durch Cursiv Schrift zu unterscheiden gesucht, sie haben auch keine vollständige Inscription, sondern nur den Namen des Rechtsgelehrten. Sie gelten aber nicht in Praxi, weil sie nicht glossirt sind, wie ich an einem andern Orte dieses Commentars (§. 56) zeigen werde.

20) Meine Opuscula Fasc. I. pag. 143.

21) PÜTTMANN Interpretat. et Observat. cap. XXI. Vergeblich hat sich *Io. Conr.* RÜCKER Interpretat. Lib. II. c. 4. bemühet, diese Stellen mit einander zu vereinigen.

Pandecten in drey Theile, in das *digestum vetus*, *infortiatum* und *novum* eingetheilt. Das *digestum vetus* geht bis auf den zweyten Titel des vier und zwanzigsten Buchs *de divortiis et repudiis*; das *infortiatum*, oder der mittlere Theil, erstreckt sich vom 3ten Titel des 24ten Buchs bis ans Ende des 38ten Buchs. Das *Novum* endlich geht vom 1ten Titel des 39ten Buchs *de novi operis nunciatione* bis ans Ende der Pandecten. Ueber die Erklärung dieser Benennungen ist man nicht einig, anstatt mich jedoch hierbey aufzuhalten, will ich die Worte des Johann Corasius hierher setzen, welcher an einem gewissen Orte seiner *Epistolicarum Quaestionum* [16]) ganz richtig sagt: istiusmodi disputationem cervicosis relinquendam, nec in talibus infrugiferis quaestionibus vel tantillum operae ponendum esse [17]). Um jedoch wieder auf die sogenannten Leges unserer Pandecten zu kommen, so finden sich in denselben nicht selten merkliche Widersprüche, wenn auch gleich Justinian diesen Vorwurf durchaus nicht gelten lassen will [18]). Man vergleiche nur *L.* 16. §. 3. und *L.* 22. §. 5. *D. de lib. causa* mit *L.* 17. *D. eodem* [19]); ferner *L.* 15. *D. de testib.*

16) *Lib. I. cap.* 22.

17) Neuerlich hat jedoch Hr. Hofrath Heyne in Prolus. Notatio corporis iuris glossati MS. Bibliothecae Georgiae Aug in EJ. *Opuscul.* Vol. II. pag. 315. diese Benennungen aus der barbarischen Latinität des mittlern Zeitalters sehr gut erklärt.

18) Constitut. *de confirmat. Digestor.* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc Codice (Pandectarum) positum nullam sibi locum vindicabit etc.

19) S. Püttmann Probabil. iuris civ. lib. sing. Cap. V. §. 12.

[illegible] mit L. 20. §. 5. D. Qui testam. fac. [illegible] desgleichen L. 69. §. 3. D. de legat. 4. mit L. [illegible] D. de legat. 2. [illegible]; so wird man sich hiervon [illegible] [illegible] können. Die natürliche Ursache dieser [illegible] [illegible] weil die Pandecten aus den Schriften sehr [illegible] [illegible] sind compilirt worden, welche in [illegible] mit Rechtsmeinungen oft sehr von ein[illegible] [illegible] die Verfasser der Pandecten aber ihre [illegible] Eilfertigkeit nicht sorgfältig genug [illegible] [illegible] haben. Wie man sich bey solchen [illegible] [illegible] habe, werde ich in der Lehre [illegible] Röm. Rechts §. 80. zeigen. [illegible] [illegible] man in den heutigen Aus[illegible] [illegible] Stellen findet, wel[illegible] [illegible] [illegible] [illegible], und erst [illegible] [illegible] Con[illegible] [illegible] [illegible] hergestellet [illegible] [illegible] §. 5. und L. [illegible] [illegible] D. [illegible]

Ich komme nun auf die Ausgaben der Pandecten. Diese theilt man gewöhnlich ein in die Florentinische, Haloandrinische und Gemeine. Die Florentinische nennt man diejenige Ausgabe, welche von der vortreflichen Handschrift der Pandecten, die zu den Zeiten der alten Glossatoren in den Händen der Pisaner war, jetzt aber zu Florenz als eine Seltenheit aufbewahret wird [22]), abgedruckt, und durch Franz Taurellius zu Florenz im Jahr 1553. in Folio ist ediret worden. Die Haloandrinische Ausgabe hat ihren Namen von Gregorius Haloander, der die Pandecten auf Kosten des Nürnberger Stadtmagistrats im Jahr 1529. zu Nürnberg in Quart herausgegeben hat. Sie wird deshalb auch editio *Norica* genennt. Unter der *vulgata* endlich begreift man alle diejenigen Ausgaben der Pandecten, welche theils von solchen Handschriften sind abgedruckt worden, deren sich die alten Glossatoren bedient haben, theils eine Lesart enthalten, worin die meisten Handschriften und Ausgaben der Pandecten mit einander übereinstimmen [23]). Daß jedoch diese Eintheilung unrichtig sey, indem es weit mehrere, auch gemischte

22) Von der Florentinischen Handschrift der Pandecten sehe man *Henr.* BRENCMANNI historiam Pandectarum seu fatum exemplaris florentini, *Traj. ad Rhen.* 1722. 4. *Leop. Andr.* GUADAGNI de Florentino Codice, omnium, quae extant, Pandectarum exemplorum parente, Disquisitio, ex edit. WALCHII. *Ienae* 1755. 8. ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. 1. c. 2. §. 68 seqq. und WALCH ad Eundem.

23) D. Meurers juristische Beobachtungen. 1. Sammlung N. VII. S. 191. und folg. *Io. Conr.* RÜCKER in Praefact. EIUS *Interpretat et Observat. praemissa* pag. 3. und FÜTTMANNI Miscellaneor. iur. cap. 22.

mischte Ausgaben giebt, die aus der Vergleichung der Florentinischen, Haloandrinischen und gemeinen Lesart entstanden sind, wie z. B. die Ausgabe des *Ludovici* MIRAEI Paris 1552 und 1553., haben auch schon andere bemerkt [24]). Besser werden sie in gemeine und critische Ausgaben eingetheilt [25]). Die vorzüglichsten Ausgaben habe ich bereits oben angeführt (S. 242. Note 56.) Da die Gothofredischen Ausgaben vom Corpore iuris civilis die gewöhnlichsten sind, die auch am öftersten in- und ausserhalb Teutschland in allen Formaten, Folio, Quart und Octav sind nachgedruckt worden, mithin in den Händen der meisten Rechtsgelehrten sich befinden, so ist es nöthig, von diesen Ausgaben der Pandecten verschiedenes zu bemerken. Der Text ist ziemlich fehlerhaft abgedruckt. Hauptsächlich richtete sich zwar Gothofredus nach dem florentinischen Text, allein unläugbar ist es, daß er denselben nicht rein geliefert habe, sondern bald der Vulgate, bald der Haloandrinischen Lesart gefolgt sey. Der unverzeihlichste Fehler des Gothofreds ist jedoch dieser, daß er das, was Taurell und die folgenden Editoren mit verschiedenen Zeichen bemerkt haben, meist ohne allen Unterschied in Haken eingeschlossen hat; so daß man aus seinen Ausgaben nicht sehen kann, warum etwas auf eine gewisse Weise bezeichnet worden, sondern deswegen immer die Taurellische Ausgabe zu Hülfe nehmen muß [26]).

24). S. BRUNQUELL Histor Iuris. P. II. cap. V.

25) S. *Aug. Corn.* STOCKMANN ad BACHII histor. iurisprud. Rom. pag. 573. Not. *)

26) Es ist der Mühe werth, hier etwas weniges von den Zeichen des Taurellius und der übrigen Editoren, deren sie sich in ihren Ausgaben der Pandecten bedienet haben, zu bemerken.

Man darf daher nicht glauben, daß irgend ein Wort deswegen verdächtig sey, weil es in einer Gothofrediſchen Ausgabe

Taurell hat deren fünf. Das erſte * * bedeutet, daß die damit bezeichneten Worte nicht im Text der Florentiniſchen Handſchrift geſtanden, ſondern demſelben hernach durch einen alten Abſchreiber beygefügt worden ſind. Daß andere ⊳ gebraucht Taurell, wenn ihm etwas überflüſſig im Text zu ſeyn geſchienen; das dritte ( ) zeigt an, daß etwas in der Florentiniſchen Handſchrift nicht ſtehe, ſondern vom Taurell, um einen vollkommenen Verſtand herauszubringen, inſeriret worden; das vierte *) deutet Worte und Stellen an, die ihm verdächtig oder von der römiſchen Schreibart abzuweichen gedeucht haben; das fünfte endlich † drückt zwey verſchiedene Leſearten aus, davon Taurell die erſtere in den Text gebracht, die andere aber mit jenem Zeichen am Rande angemerkt hat. In der Präfation ſeiner Ausgabe hat Taurell alle die Charactere ſelbſt erklärt. Ruſſard bedient ſich noch eines andern Zeichens, || ||, und will damit anzeigen, daß dasjenige, was er in dieſes Zeichen eingeſchloſſen, entweder in den florentiniſchen Pandecten oder in andern Handſchriften und Ausgaben der Pandecten z. B. der Haloandriniſchen fehle. Dionyſius Gothofredus bedient ſich nicht nur des Ruſſardiniſchen Zeichens, ſondern auch noch anderer, als ○ □ * † ohne daß man aus ſeinen Ausgaben ſehen kann, warum er etwas auf ſolche Art notiret hat, daher durch dieſe Zeichen viele Verwirrung im Text iſt angerichtet worden. Man ſehe Chriſt. Ulr. Grupens Abhandlung, wie die Pandecten von den verworrenen notis characteriſticis Editorum, und inſonderheit von der mendaciſſima nota RUSSARDI und *Dionyſ.* GOTHOFREDI || || zu ſäubern, und zum Theil zu rectificiren; in Deſſelben *Obſervat. Rer. et Antiquitat. Germ. et Rom.* Obſ. XV. und Phil. Fried. Weis Programm: Etwas über die im Text der Pandecten vorkommenden Zeichen, namentlich die Ruſſardiſche Note. Marburg 1793.

gabe in Haken oder halbe Zirkel eingeschlossen angetroffen wird. Die beste und auch wohl dem Drucke nach die schönste und prächtigste Ausgabe unter den Gothofrediſchen ist ohnstreitig diejenige, welche **Simon van Leeuwen** 1663. zu Amsterdam veranstaltet hat. Sie enthält den Gothofrediſchen Text, nur hier und da verbessert, daß aber die Pandecten ganz nach der florentiniſchen Handschrift hier wären geliefert worden, wie der Herausgeber versprochen, ist eine Unwahrheit. Mit Verwechselung der Zeichen sind auch in dieser Ausgabe eben die Fehler begangen worden, die wir oben an **Gothofred** gerügt haben. **Simon van Leeuwen** liefert ausser den Gothofrediſchen Anmerkungen noch viele andere von **Auguſtin, Govean, Faconius, Bellonius, Contius, Ravard, Robert, Alciat, Hormann, Charondas, Cujaz, Leoninus, Salmaſius** und **Grotius**. Diesen fügte er auch noch seine eigene Bemerkungen hie und da bey, welche jedoch meist abgeschmackt und wie **Hennr. Brenkmann** [27]) richtig von denselben geurtheilt, einer so schönen Ausgabe ganz unwürdig sind. Uebrigens ist diese **Leeuwenſche** Ausgabe zwar richtiger als die übrigen **Gothofrediſchen**, hat aber doch auch manche grobe Druckfehler [28]). Unter den **Gothofrediſchen** Ausgaben mit Noten ist die **Frankfurter**

27) Hist. Pandect. Lib. III. c. 5. p. 298.

28) S. **Joh. Conr. Rücker** über einige Ausgaben des Corporis iuris civ. in des H. Prof. **Siebenkees** neuen juriſt. Magazin 1. B. Anspach 1784. N. VI. S. 194. — 201. KOCH Diſſ. de ordine legum in Pandectis, pag. 3 — 6. und *de* SENCKENBERG Meditat. iurid. (*Wezlar* 1789.) Manilla VI. pag. 176.

1663. Fol. und unter denen ohne Noten sind die Amsterdammer von den Jahren 1664. und 1700. die besten.

Soviel hiernächst die Commentare über die Pandecten des Justinians anbetrift, so sind unter denen, welche die einzelnen Gesetze eines jeden Titels erläutern, besonders zu empfehlen: *Ant.* FABRI Rationalia in Pandectas, Tomi VI. *Lugduni* 1659—1663. F. Dieser Commentar erstreckt sich jedoch nur auf die erstern neunzehen Bücher der Pandecten. Es werden darin die Gesetze nicht nur grammatisch erläutert, sondern auch nachher bey der Erklärung eines jeden Gesetzes rationes dubitandi et decidendi angeführt. Ein Fehler ist es jedoch, daß Faber nicht selten Gloßeme und Tribonianismen zu finden meint, wo dergleichen wirklich nicht vorhanden sind. Des Johann Brunnemanns Commentarius ad Pandectas *Frfti* 1674. Fol. und *Colon.* 1752. f. geht zwar über alle 50 Bücher der Pandecten, bedeutet aber nicht viel. Besser sind des *Ant.* MORNACII Observationes in XXIV. priores libros Digestorum *Paris.* 1654. F. und EIUSDEM posteriorum XXVI. librorum D. Synopsis *Ib.* 1660. F. Des POTHIER Pandectae Iustinianeae in novum ordinem digestae *Lugduni* 1782. Tomi III. F. enthalten nicht sowohl einen Commentar, als eine systematische Darstellung der Gesetze eines jeden Titels der Pandecten; doch sind auch viel einzelne Stellen in den beygefügten Noten erläutert. Unter denen, welche bloß die Lehren und Materien eines jeden Titels in den Pandecten erläutern, ohne sich an die Ordnung der einzelnen Gesetze zu binden, empfehle ich *Ger.* NOODT Commentar. ad Digesta (in *Operib.* Tom. II. *Lugd. Bat.* 1735. F.) Er erstreckt sich aber nur über die erstern 27 Bücher der Pandecten.

Voll-

Vollſtändiger iſt des *Io.* VOETII Commentarius ad Pandectas. Hagae Comit. 1734. F. und Coloniae 1769. Tomi II. Fol. Die erſtern vier Bücher erläutern BARO *in Operib.* Tom. I. BACHOVIUS in Protis, und *Ant.* SCHULTING in Enarratione partis primae Digeſtorum. Ueber die erſtern beyden Bücher hat BALDUINUS Notas geſchrieben, welche in *T. I. Iurisprud. Rom. et Atticae* pag. 774—843. anzutreffen ſind. Einzelne Titel der Pandecten haben ALCIATUS, BUDAEUS, DUARENUS, MUDAEUS, HOTOMANNUS, DONELLUS, *Ianus a* COSTA und andere mehr erläutert, welche hier anzuführen, zu weitläuftig iſt [29]). Mehrere Rechtsgelehrten haben auch die Fragmente einzelner röm. Juriſten aus den Pandecten geſammelt und erläutert, von denen ich folgende bemerken muß. 1) CUJACIUS ad *Africani* quaeſtiones, ad *Papinianum*, ad *Pauli* Quaeſtiones, *Modeſtini* libr. Differentiar. *Iuliani* Digeſta, libros VI. ex Minicio, et IV. ad Urſeium Feroçem, ad *Pauli*, *Neratii*, *Marcelli*, *Ulpiani*, *Modeſtini*, *Scaevolae* reſponſa. 2) *Gregorii* MAIANSII Commentarii ad triginta ICtorum fragmenta *Genev.* 1764. 4. 3) *Franc.* BALDUINI Commentar de Iurisprudentia Muciana *Baſiliae* 1557. 8. und in *T. I. Iurisprud. Rom. et Atticae* pag. 434. ſeq. 4) *Ant. Dadin.* ALTESERRAE Recitationes ad *Tryphoninum. Toloſae* 1679. und 1684. 4. 5) MERILLIUS ad *Pauli* Manual. *in Operib.* Derſelbe ad *Calliſtrati* quaeſtion. *in Theſauro Otton. Tom. III.* 6) LECTIUS ad *Macrum* de publicis iudiciis et *Modeſtinum* de poenis. Ebendaſelbſt Tom. I. 7) *Ant.* AUGUSTINUS ad *Modeſtinum* de excuſationibus, mit deſ-

29) S. HAUBOLD Praecognita iuris Rom. pag. 60. ſeq.

ſelben *Emendationibus Baſiliae* 1544. F. und im *Theſ. Otton.* T. 4. 8) *Ioſ. Fernand. de* RETES ad *Cervidii Scaevolae* Quaeſtiones in *Theſ. Meermann.* T. 6. 9) *Io.* ALTAMIRANUS ad priores XIII. libros ex XX. Quaeſtion. Q. Cervidii Scaevolae. (in *Theſ. Meermann.* T. II. pag. 369. ſeqq.) 10) *Ioſ.* FINESTRES *et* DE MONSALVO in *Hermogeniani* ICti iuris Epitomarum libros VI. Commentarius. Tomi II. *Cervariae Lacetanor.* 1757. 4. 11) *Henr. Theod.* PAGENSTECHER in S. *Pomponii* ad Sabinum de re teſtamentaria et de bonor. poſſeſſionibus libros VI. Commentarius. Lemgoviae 1750. 4. Eben deſſelben Ius Pegaſianum *Ibidem* 1741. 4. 12) *Io.* SCHILTERI Herennius Modeſtinus *Argent.* 1687. 4. 13) *Henr.* BRENCKMANN in *Herennii Modeſtini* librum ſingularum περὶ εὑρημάτικῶν Commentarius. *Lugduni Batavor.* 1706. 8. 14) *Io. Flor.* RIVINI Exerc. ad *Modeſtini* caſus enucleatos. *Lipſiae* 1727. 4. 15) *Franc. Car.* CONRADI ad *Paulum* de iure ſingulari. *Lipſiae* 1727. 4. 16) GRONOVIUS ad *Marciani* libr. regular. (in FELLENBERG *Iurisprud. antiqua* Tom. 2.) 17) *van* NISPEN ad Fragmenta, quae in Digeſtis ex *Modeſtini* IX. libris Differentiarum ſuperſunt, in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſ. Bellgicar.* Vol. 1. T. 1. N. 1. 18) *Herm.* OOSTERDYK Diſp. ad Fragmenta, quae ex *Venuleji Saturnini* libris de officio Proconſulis ſuperſunt. *Traj. ad Rhen.* 1755. in OELRICHS *Theſ. novo Diſſ. Belgicar.* Vol. I. T. II. N. VII. 19) *Anſ. Frid.* PISTORII Diſſ. ad Fragmenta, quae ex *Alfeni Vari* libris XL. Digeſtorum ſuperſunt; praeſ. *Car. Chriſt.* HOFACKER defenſa *Tubingae* 1775. und 20) *Aug. Corn.* STOCKMANNI Diſſ. *Papirii Iuſti* Fragmenta illuſtr. *Lipſ.* 1792.

Die

Die Verordnungen der röm. Kaiser, deren in den Pandecten Erwähnung geschiehet, sind auch von verschiedenen erläutert worden. Dahin gehören vorzüglich folgende: 1) *Io. Chr.* FRANCKII Comm. ad iurisprudentiam *Tiberii Claudii* Imp. *Vitemb.* 1770. 2) *Thom. Io.* PIGEAUD Diss. de *Vespasiano* Imp. eiusque iurisprudentia. *Lugd. Batav.* 1762. 4. 3) *Andr. Guil.* CRAMERI D. *Vespasianus* s. de vita et legislatione T. Flavii Vespasiani. *Ienae* 1785. 8. 4) *Corn.* Groening a ZOELEN oder vielmehr *Io. Henr.* IUNGII Diss. de Tito Imp. eiusque iurisprudentia. *Traj. ad Rhen.* 1761. 4. und 5) *Io. Aug.* BACHII D. *Trajanus* s. de legibus Trajani Imp. Commentarius. *Lipsiae* 1747. 8.

Endlich zum critischen Gebrauch dienen.

1) *Sieg. Reich.* IAUCHII meditationes criticae de negationibus Pandectis Florentinis partim recte vel male iam adiectis aut detractis, partim etiamnum adiiciendis aut tollendis aut transferendis. *Amsteldami* 1748. 8.

2) *Io. Gott.* SAMMET receptarum lectionum ad Iauchium liber singularis. *Lipsiae* 1750.

3) *Iac.* LABITTI Index Pandectarum *Paris* 1537. und cum praefat. *Nic. Hieron.* GUNDLINGII *Frfti et Lipsiae* 1724. 8.

4) *Abr.* WIELINGII iurisprudentia restituta, siue Index chronologicus in totum Iuris Iustinianei corpus. *Amstelaedami.* 1727. 8. enthält ein Verzeichniß von den sämmtlichen aus eines jeden römischen Rechtsgelehrten Schriften hergenommenen, in den Pandecten aber hin und wieder zerstreueten Stellen.

5) *Henr.*

5) *Henr.* BRENCKMANNI Pandectae iuris civilis auctoribus ſuis et libris reſtitutae. *Amſtelaedami* 1769. enthält nur die Fragmente des Alfenus Varus. Vollſtändiger iſt

6) *C. F.* HOMMELII Palingeneſia librorum iuris veterum ſ. Pandectarum loca integra ad modum Wielingii oculis expoſita. *Lipſiae* 1767. et 1768. Tomi III.

§. 53.

Vom Codex repetitae praelectionis.

Auf die Pandecten folgt der *Codex repetitae praelectionis* des K. Juſtinians. Dieſer Juſtinianeiſche Codex (Aut. §. 68.) iſt nur eine neue verbeſſerte und vermehrte Ausgabe eines vorhergegangenen, aber nicht auf unſere Zeiten gekommenen, ältern Codex, wie auch ſchon der Titel zu erkennen giebt. Denn die Alten, deren Beyſpiel Juſtinian hier gefolgt iſt, pflegten die zweyten und verbeſſerten Ausgaben ihrer Schriften *libros repetitae praelectionis* zu nennen. Dieſer neue Codex enthält nicht nur die Verordnungen der römiſchen Kaiſer vor Juſtinian von Hadrian an, welche aus dem Gregorianiſchen, Hermogenianiſchen und Theodoſianiſchen Codex, wie auch aus den nachher noch promulgirten Novellen ſind excerpiret worden, ſondern auch des Kr. Juſtinians eigene Verordnungen, unter welchen die ſogenannten funfzig Deciſionen dieſes Kaiſers die merkwürdigſten ſind. Man verſteht unter den letztern diejenigen Verordnungen des K Juſtinians, wodurch gewiſſe unter den alten römiſchen Rechtsgelehrten ſtrei-

ſtreitig geweſene Rechtsfragen ſind entſchieden worden [30]). Abraham Wieling [31]) hat ſie mit Verbindung derer, welche ihres verſchiedenen Inhalts wegen von den Verfaſſern des Codex ſind getrennt und unter verſchiedene Titel gebracht worden, chronologiſch aufgezählt. Es wurde dieſer neue Codex im Jahr 534. bekannt gemacht, iſt alſo jünger, als die Inſtitutionen, und Pandecten, und derogirt beyden [32]). Er iſt in zwölf Bücher eingetheilt, wovon jedes wieder gewiſſe Titel hat. Jeder Titel hat ſeine Aufſchrift, die allemahl eine gewiſſe Rechtsmaterie angezeigt, unter welcher alsdenn die zu derſelben gehörigen Kaiſerlichen Verordnungen, welche *Leges Codicis* genennt werden, chronologiſch geordnet ſind. Dieſe Leges Codicis enthalten jedoch die Verordnungen der röm. Kaiſer nie ganz, ſondern nur Auszüge aus denſelben, die oft ſehr dunkel und verſtümmelt ſind, daher uns bey Erklärung derſelben die Fragmente der oben gedachten ältern Codicum trefliche Dienſte leiſten [33]). Sie haben ferner meiſt eine Inſcription und Subſcription. Leztere zeigt das Datum oder den Ort und die Zeit der Promulgation an, erſtere aber den Namen des Kaiſers oder

30) Es gab nämlich, wie bekannt, unter den alten röm. Juriſten verſchiedene Secten, unter denen die Sabinianer und Proculianer die berühmteſten waren. S. *Gotfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianorum et Proculianorum in iure. civ. *Lipſiae* 1728. 8.

31) Iurisprud. Reſtituta. pag. 144—146.

32) Höpfner im Commentar. §. 16.

33) B. H. REINOLDI Exerc. de neceſſitate abeundi ad fontes, ſi quis in lectione Codicis repetitae praelectionis feliciter verſari velit. *in Opuſc.* pag. 611.

oder derjenigen Kaiser, von denen die Verordnung ist bekannt gemacht worden, auch diejenige Person, an welche die Constitution gerichtet ist, welche bey den Edicten und Decisionen eine Magistratsperson ist. Beyde, die In- und Subscription haben zur Erklärung und Bestimmung der Chronologie großen Nutzen [34]). Von den ächten Legibus Codicis müssen unterschieden werden,

I) die *leges restitutae Codicis*. Nicht wenig Constitutionen waren nämlich theils durch die Nachlässigkeit und Unwissenheit der Abschreiber, welche kein griechisch verstanden, theils durch Verwüstung der Zeit verlohren gegangen, welche in neuern Zeiten verschiedene Gelehrte, nämlich Augustinus, Cujacius, Charondas und Contius, zum Theil aus den Basiliken, Photii Nomocanon, und anderen Ueberbleibseln des römisch-griechischen Rechts wiederhergestellet, und dem Codex einverleibt haben. Dahin gehören z. B. *L.* 35. 38. 39. 41 — 47. *C. de Episc. et Cleric. L.* 24. *C. mandati. L. fin. C. de sponsal. L.* 2. *C. de privato carcere. L.* 4. *de in ius voc. L. penult. de aedific. privat.* Diese haben in den Gerichten keine Auctorität, weil sie nicht glossirt sind [35]). Man erkennt sie daran, daß sie größtentheils keine Inscription und Subscription haben.

II) die

34) REINOLDI Orat. de Inscriptionibus Legum Digestor. et Codicis cum notis *Abr.* WIELINGI §. XIII. in *Opusc.* pag. 580.

35) LAUTERBACH in Prolegom. Collegii th. pr. Pandectar. §. IV. n. 7. RICHTER Decision. P. I. Decis. 37. n. 48. *Alb.* GENTILIS de libris iur. civ. cap. 5. *Io. Frid.* KLETT de iuris Iustinianei placitis, quae vim legis non habent. *Erlangae* 1748. §. 13. ECKHARD Hermenevt. iuris. Lib. I. cap. VII. §. 282. not. *. pag. 517.

III) die so genannten *Authenticae* (Autor. §. 72.) worunter man kurze Auszüge aus den Novellen des K. Justinians sowohl, als auch aus gewissen Verordnungen der Kaiser Friedrichs des I. und II. versteht, wodurch verschiedene Gesetze des Codex theils abgeändert theils vermehrt worden, und welche diesen Gesetzen am gehörigen Orte beygefügt worden sind. Man theilt sie daher in die Justinianeischen und Friedericianischen ein. Ihre Verfasser sind die Bononiensischen Rechtsgelehrten, und so wie von denselben die Friedericianischen Authentiken auf Befehl K. Friedrichs II. dem Codex sind inserirt worden [36]), so hat schon vorher Irnerius, ein Rechtsgelehrter des zwölften Jahrhunderts, die Justinianeischen aus der alten lateinischen Novellen-Sammlung (Corpore Authenticarum) excerpirt, und dem Justinianeischen Codex in der Absicht beygetragen, um daraus zu ersehen, in wieweit das ius Codicis durch die Novellen des K. Justinians sey abgeändert worden [37]). Sie sind mit Cursiv-Schrift gedruckt,

36) ODOFREDUS in *Auth. Cassa C. de SS. Eccl.*

37) Der gelehrte Camaldulenser Abt *Maurus* SARTIUS hat dieses in dem splendiden Werk de claris Archigymnasii Bononiensis Professoribus a Saeculo XI. usque ad Saec. XIV. *Bononiae* 1769. f. *vita* IRNERII. §. VIII. und folgg. gegen Strauch und Bynkershök aus unwiederleglichen Gründen dargethan. S. *Car. Frid.* ZEPERNICK *Biga libellorum Authenticas Codicis rep. prael. earumque historiam illustrantium.* Halae 1788. 8. N. II. pag. 114. seqq. Daß schon vor Irnerius dergleichen Authentiken beym Codex befindlich gewesen, und Gregor der Grosse, welcher nicht lange nach Justinian gelebt, solche in seinen Briefen angeführt habe, ist unerweislich, und der vorhin gedachte Maurus Sarti a. a. O. §. XII. hat gezeigt, daß die Stelle in Gratians Decret

welche in den Handschriften der alten Glossatoren befindlich waren, und mit deren Glossen oder Anmerkungen versehen sind, und denjenigen, welche erst in neuern Zeiten von Haloander, Scrimger, Cujacius und Contius aus des Julians Epitome, den Basiliken und andern alten Handschriften sind restituirt worden. Erstere werden *Novellae glossatae*, letztere aber *restitutae* s. *non glossatae* genennt. Nur jene ersteren sind in Teutschland recipirt [52]) letztere aber gelten nicht [53]), nach der Regel: *quidquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia*, von welcher ich in der Folge reden werde. Der glossirten Novellen aber sind nur fünf und neunzig, und zwar folgende: Nov. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 12. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 22. 23. 33. 34. 39. 44. 46. 47. 48. 49. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58 60. 61. 66. 67. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 105. 106. 107. 108. 109. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 123. 124. 125. 127. 128. 131 132. 134. 143. und 159. [54]). Alle übrigen Novellen gehören zu den nicht glossirten.

Zum

52) S. BRUNQUELL Histor. Iuris P. II. Cap. XI. §. 14. *Alb.* GENTILIS de libr. iuris civ. cap. 7. BACH Hist. iurispr. Rom. Lib. IV. c. 1. Sect. 2. §. 23. LAUTERBACH in Prolegom. Collegii Pandectar. §. 6. u. a. m.

53) Eine andere Meinung hegt *God. Lud.* MENCKEN Diss. de Novellar. glossatar. et non glossatar. auctoritate iuris. Allein man sehe ZEPERNICK Delectum Scriptor. Novell. illustrant. pag. 331. seqq.

54) S. *Andr. Guil.* CRAMERI Analecta litteraria ad historiam Novellarum Iustiniani. *Kil.* 1794. pag. 9. sq. und HAUBOLD Praecognita iur. Rom. Cap. II. §. 12. Not. g.

Zum Beschluß müssen wir noch einige litterärische Bemerkungen sowohl von den verschiedenen lateinischen Uebersetzungen und Ausgaben des griechischen Textes, als den Commentaren über die Novellen hinzufügen.

I) Unter denen, welche die Novellen des K. Justinians ins Lateinische übersetzt haben, verdient zuerst Julian angeführt zu werden. Er war Professor der Rechte zu Constantinopel, und lebte unter den Kaisern Justin II. Tiber II. und Mauricius. Dieser verfertigte ums Jahr 570. einen Auszug aus Justinians Novellen in ächt lateinischer Sprache. Er enthält 125. Novellen, und ist in zwey Bücher eingetheilt. Nicolaus Boërius machte diese *Epitome Novellarum* IULIANI zuerst im Druck bekannt, Lyon 1512. Sie ist hernach öfters wieder aufgelegt worden, allein die beste Ausgabe hat *Francois* DESMARES zu Paris 1689. Fol. veranstaltet. Hiernächst hat

II) Gregorius Haloander den griechischen Text von 137 Novellen mit einer eleganten lateinischen Version zu Nürnberg 1531. Fol. herausgegeben [55]). Haloander gab seine Novellen nicht aus den Büchern der Basiliken, wie Hombergk [56]) meint, sondern aus einer eigen-

55) Man behauptet zwar insgemein, als ob Haloander 165 Novellen griechisch edirt habe. S. GRAVINA de Ortu et progress. iur. civ. cap. 135. STRUV Histor. iur. Rom. Cap. 3. §. 9. HOFFMANN Histor. iuris Rom. Lib. II. cap. 2. §. 14. und BRUNQUELL Hist. iuris P. II. cap. 12. §. 15. Allein diese Meinung ist ganz irrig, wie *Iac.* VOORDA Elector. libr. sing. *Traj. ad Rhen.* 1749. 8. Cap. 27. gezeigt hat.

56) Praefat. versionis lat. Novellar. gegen das Ende.

rühmt zu werden, welche Anton Contius zu Paris 1562. in Folio veranstaltet hat. Er hat nicht nur aus 26 Handschriften, welche er durch den Cujacius und Merillius aus französischen Bibliotheken erhalten hatte, den Text verbessert, sondern denselben auch mit 150 griechischen Constitutionen vermehrt. Diese Ausgabe ist hernach noch verbesserter in dem Contiussischen Corpore iuris civ., welches zu Lyon 1581. in 12. herauskam, aufgelegt worden. Noch besser und vollständiger ist jedoch die Ausgabe des L. Charondas, Antwerpen 1575. Fol. Er hat sich nicht nur hierbey der vortreflichen Handschriften des *Stephani* AUREDANI bedient, sondern den Text auch mit vielen in der vorhergehenden Ausgabe fehlenden griechischen und lateinischen Constitutionen vermehrt [40]).

Die Commentare betreffend, so haben a) über den ganzen Codex commentirt *Iac.* CUJACIUS in IX. libros Codicis (*Oper.* T. 8.) iunct. Commentariis in III. postremos libros Cod. (*ib.* T. 2.) *Cypr.* REGNERUS *ab* OOSTERGA Comm. in omnes et singulas leges, quae continentur in Codice. *Traj. ad Rhen.* 1666. 4. und *Io.* BRUNNEMANNUS in *Commentar. ad Codicem*, cura *Sam.* STRYCKII. *Lipsiae* 1708. und am neuesten *Genevae* 1771. F. Des *Ant.* PEREZ Praelectiones in duodecim libros Codicis Iustinianei, am neuesten *Venetiis* 1738. enthalten keine Erläuterung der einzelnen Gesetze. b) Ueber einzelne Bücher haben commentirt SICHARDUS Frankfurt 1614. F. DONELLUS Comm. ad II. III. IV. VI. et VIII. libros Codi-

40) *I. B.* REINOLD in Opusc. iuridicis pag. 410. §. XI. sagt daher mit Recht: *Inter editiones Codicis, illius, quam* Charondas *curavit, prima ratio esto.*

Codicis. Frfti 1599. F. *Hubert.* GIPHANIUS in Explanatione difficiliorum et celebriorum legum Codicis. *Coloniae* 1614. 4.) (geht nur über die erſtern 8 Bücher). MORNACIUS Obſervat. ad IV. libris (*in Operib.*). Ueber die drey letzten Bücher *Franc. de* AMAYA in tres poſteriores libros Codicis Imp. Iuſtiniani Commentarii *Lugduni* 1639. Fol. Tomi III. Ueber Verordnungen einzelner Kaiſer im Codex haben geſchrieben *Renat.* BOTTEREAU in *Hadriano* Legislatore. *Pictavii* 1661. (HOFFMANN *Hiſt. iuris* T. II. pag. 129 — 207) *Io. Ortwin.* WESTBENBERG in *Divo Marco* ſ. Diſſertat. ad Conſtitutiones M. Aurelii Antonini Imp. (*in Operib. a* IUNGIO *editis Hanov. et Bremae* 1758. 4. Tom. III.) *Alex.* CHASSANEUS in Conſtitut. *Alexandri Severi Paris* 1635. 4. *Franc.* BALDUINUS in *Conſtantino* M. Ebenderſelbe in *Iuſtiniano* (*Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. I.) *Io. Maur. Guil.* BAUMANNUS in divo *Cordiano* Exerc. I. *Lipſiae* 1792. 4. Exerc. II. *Ib.* 1793. und *Io. Conr.* SICKEL in *Diocletiano* et *Maximiano* Exerc. I. et II. *Lipſiae.* 1792. et 93. 4. Ueber die funfzig Deciſionen des K. Juſtinians ſind zu bemerken *Em.* MERILLII Expoſitio L. Deciſion. Iuſtiniani *Pariſ.* 1618. et *in Operib.* (*Neapoli* 1720. 4.) T. II. *Pet. Franc.* LINGLOIS Quinquaginta Deciſiones Imp. Iuſtiniani *Antwerpiae* 1622. Fol. und *Io.* STRAUCH Exercitat. VI. ad L. Deciſiones Iuſtiniani Imp. *Gieſſae* 1676. 4. Auch gehört *Fr.* RAGUELLUS ad Conſtitutiones et deciſiones Iuſtiniani *Paris* 1610. 4. noch hierher. Endlich über die Authendiken: *Chriſtoph. Phil.* RICHTERI Expoſitio omnium Authenticarum Codici Imp. Iuſtiniani inſertarum. Ienae 1661. 4. und *Alex. Arn.* PAGENSTECHER Irnerius iniuria vapulans ſ. Com-

ment. ad Authenticas. *Groen.* 1701. 4. Zum kritischen Gebrauch dienen *Petri* RELANDI Fasti Consulares ad illustrationem Codicis Iustinianei ac Theodosiani secundum rationes temporum digesti. *Trajecti Batavorum* 1715. 8.

§. 54.

Von den Novellen des Krs. Justinian.

Ich komme jetzt auf die, den bisher gedachten Gesetzsammlungen beygefügte, neuere Verordnungen des Kaisers Justinian, welche die Lücken jener Sammlungen ausfüllen, und ihre Fehler verbessern sollten. Zu diesen neuern Verordnungen des Krs Justinian gehören einmal die sogenannten *Authenticae seu Novellae Constitutiones D. Iustiniani;* sodann die dreyzehen *Edicta* dieses Kaisers. Die Novellen (Autor §. 71.) sind nach der Verfertigung des neuen Codex in den Jahren 534. bis 559. bekannt gemacht worden [41]). Sie waren ursprünglich in griechischer Sprache abgefaßt, einige wenige ausgenommen [42]). Die Sammlung aber, die wir in unserm Corpus

41) S. Abraham Wielings *Indicem Chronolog. Novellar. Iustiniani* p. 167. Iurisprud. Restitutae.

42) S. *Aem. Lud.* HOMBERCK *zu Vach* Diatr. de Novellarum Constitut. Imp. Iustiniani lingua originaria in *C. F.* ZEPERNICK *Delectu Scriptor. Novellas Iustiniani earumque historiam illustrantium* (Halae 1783. 8.) p. 183 seqq. Einige Novellen sind jedoch in beyden Sprachen zugleich, in der griechischen sowohl wie in der lateinischen, promulgirt worden. Dahin gehört Novelle 17. 18. 32. und 34. Folgende Novellen aber sind blos lateinisch verfasset worden, *Nou.* 9. 11. 23. 62. 143. und 150. S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen S. 587.

Corpus iuris civ. von denſelben haben, enthält eine und zwar in ſehr ſchlechter, durch Barbarismen entſtellten, Latinität abgefaßte Ueberſetzung. Man trägt nicht ohne Grund Bedenken, ſelbige dem K. Juſtinian zuzueignen, wenn gleich derſelbe eine Sammlung ſeiner neuern Conſtitutionen verſprochen [43]), und eine dergleichen auch wahrſcheinlich durch Tribonian hat verfertigen laſſen [44]), die aber nicht publici iuris geworden zu ſeyn ſcheint [45]). Wer der Verfaſſer derſelben ſey, weiß man nicht, daß ſie indeß keinem der im zwölften Jahrhundert zu Bologna und Piſa berühmt geweſenen Rechtsgelehrten zuzuſchreiben, ſondern weit älter ſeyn müſſe, iſt gewiß, weil ſchon der römiſche Biſchof Gregor der Groſe, der nicht lang nach Juſtinian lebte, eine Stelle aus dieſer alten Verſion allegirt hat [46]).

43) S. Conſtitut: *de emendatione Cod. Iuſtin.* §. 4.

44) Es läßt ſich ſolches theils aus dem Epilog der *Nov.* 25. *Nov.* 26. *cap.* 5. §. 1. und *Nov.* 24. *cap.* 6. §. 1. ſchlieſſen, theils wollen dieß auch die griechiſchen Juriſten als *Mich.* ATTALIATA *Praefat. Synopſis* §. 2. HARMENOPULUS *Promtuario iuris* Lib. I. Tit. I. desgleichen THEOPHANES *in Chronographia* pag. 120. verſichern.

45) S. *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu Vach Schediaſm.* de collectione Novellar. a Iuſtiniano facta; in ZEPERNICK *Delectu* p. 295. Es iſt ſehr wahrſcheinlich, daß Juſtinian den *librum ſacrarum ſuarum conſtitutionum*, deſſen er in dem Epilog der *Nov.* 25. gedenkt, blos für ſich und zu ſeiner eignen Notiz durch Tribonian habe verfertigen laſſen. Denn alle übrige Magiſtratsperſonen und Richter hatten ja ſeine Novellen ſchon, und mußten ſie auch in ihren Gerichtsbüchern ſorgfältig aufbewahren, was war alſo eine neue Bekanntmachung derſelben in einer beſondern Sammlung nöthig?

46) *Lib. XII. Epiſt.* 54. wo er die Worte der *Nov.* 123. *c.* 19. anführt. Die Stelle ſteht auch, obgleich etwas corrupt, in

Den Namen *Authenticae* hat die Sammlung von den Gloſſatoren erhalten, weil man die darin enthaltenen Novellen für Originale hielt, und ſie hierdurch von Julians lateiniſchen Auszuge (*Epitome Novellarum*) zu unterſcheiden ſuchte [47]). Eben dieſe Gloſſatoren haben auch zum Behuf ihrer Vorleſungen jene alte Sammlung in neun Collationen oder Theile, und jede Collation wieder in verſchiedene Titel eingetheilt, wovon ein jeder eine Novelle enthält [48]). Nicht nur die Titel einer jeden Collation, ſondern auch die Novellen ſelbſt ſind numerirt, jedoch mit dem Unterſchiede, daß die Zahl der Titel immer mit jeder neuen Collation wieder von forn angeht, die Zahl der Novellen aber von der erſtern bis zur letzten in einer ununterbrochenen Reihe fortläuft. Daher auch die Novellen, wie bekannt, nicht nach ihrer Collation und Titel, ſondern nach der Zahl allegirt werden. Jeder Titel hat wieder ſeine Rubric, welche den Inhalt und die Materie der darin enthaltenen Novelle anzeigt. Dieſe Rubriken ſind jedoch nicht ächt, oft ganz unrichtig, und mangelhaft, und haben daher bey der Erklärung der Novellen keine Auctorität [49]). Jede Novelle hat ihre beſondere Inſcription

Gratians Decrete *c.* 38. *C. XI. qu.* 1., daß ſie aber keinesweges untergeſchoben ſey, wie *de* LUDEWIG *in vita Iuſtiniani* cap. VIII §. 46. pag. 259. ſich eingebildet, hat MAURUS SARTIUS in Irnerio §. XIII. aus Vaticaniſchen Handſchriften erwieſen.

47) ALCIATUS Parerg. Lib. II. cap. 46.

48) *Conr.* RITTERSHUS in Expoſit. Novellarum Iuſtiniani. *Prooem.* Cap. I. n. 19. und 20. BACH Hiſtor. iurispr. Rom. Lib. IV. c. I. Sect. II. §. 21.

49) *Iac.* CUJACIUS Obſervat. *Lib. XX. cap.* 33. *Io. Frid.* HOMBERCK ZU VACH Praefat. verſioni Novellarum praemiſſa p. 22.

und

ſcription und Subſcription, nur einige ausgenommen, bey denen ſie fehlen. Die Inſcription zeigt auſſer dem Namen des Kaiſers beſonders diejenige Magiſtratsperſon, oder denjenigen Biſchof an, an welche oder an welchen die Novelle zur Publication geſendet worden; unterweilen auch die Unterthanen, an welche ſie gerichtet iſt. Die Subſcription hingegen bezeichnet den Ort und die Zeit der Ausfertigung, und darf bey Beſtimmung des Zeitalters, und wenn es darauf ankommt, ob und welche Novelle der andern derogirt, nicht aus der Acht gelaſſen werden [50]) Die Novellen ſelbſt ſind übrigens in Praefationem Capita und Epilogum abgetheilt. Ihre Zahl erſtreckt ſich heutiges Tages auf 168 Novellen. Dieſe ſind jedoch nicht alle ächt Juſtinianeiſch [51]), auch nicht alle in Teutſchland recipirt, ſondern man hat in Anſehung der heutigen Gültigkeit derſelben einen Unterſchied zu machen zwiſchen denen,

und *l. L. E.* PÜTTMANN Adverſarior. Iur. univ. Lib. I. pag. 133. not. *).

50) Die Subſcriptionen ſind jedoch ſehr fehlerhaft. Z. B. die *Nov.* 1. iſt vom Jahr 539. datirt, da ſie doch im Jahr 535. promulgirt worden iſt. Um dieſe Fehler zu verbeſſern, ſind *Ant.* CONTII Chronologia annorum, Conſulum et Indictionum Imp. Iuſtiniani: RELANDI Faſti Conſulares und *Henr.* AGYLAEUS de dierum annotatione in Novellarum Subſcriptionibus in ZEPERNICK *Delectu* p. 281. vorzüglich zu empfehlen.

51) Z. B. die *Nov.* 117. 140. 144. 149. ſind vom K. Juſtin II. die *Nov.* 161. 163. und 164. vom Tiber, und die *Nov.* 166. 167. und 168. ſind aus den *Eparchicis*, d. i. aus den Büchern oder Sammlungen, welche die Edicte der Praefectorum Praetorio enthielten. S. HOMBERGK Verſion. in Not. ad has Novellas.

welche in den Handschriften der alten Glossatoren befindlich waren, und mit deren Glossen oder Anmerkungen versehen sind, und denjenigen, welche erst in neuern Zeiten von Haloander, Scrimger, Cujacius und Contius aus des Julians Epitome, den Basiliken und andern alten Handschriften sind restituirt worden. Erstere werden *Novellae glossatae*, letztere aber *restitutae* s. *non glossatae* genennt. Nur jene ersteren sind in Teutschland recipirt [52]) letztere aber gelten nicht [53]), nach der Regel: *quidquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia*, von welcher ich in der Folge reden werde. Der glossirten Novellen aber sind nur fünf und neunzig, und zwar folgende: Nov. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 12. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 22. 23. 33. 34. 39. 44. 46. 47. 48. 49. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58 60. 61. 66. 67. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 105. 106. 107. 108. 109. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 123. 124. 125. 127. 128. 131 132. 134. 143. und 159. [54]). Alle übrigen Novellen gehören zu den nicht glossirten.

Zum

52) S. BRUNQUELL Histor. Iuris P. II. Cap. XI. §. 14. *Alb.* GENTILIS de libr. iuris civ. cap. 7. BACH Hist. iurispr. Rom. Lib. IV. c. 1. Sect. 2. §. 23. LAUTERBACH in Prolegom. Collegii Pandectar. §. 6. u. a. m.

53) Eine andere Meinung hegt *God. Lud.* MENCKEN Diss. de Novellar. glossatar. et non glossatar. auctoritate iuris. Allein man sehe ZEPERNICK Delectum Scriptor. Novell. illustrant. pag. 331. seqq.

54) S. *Andr. Guil.* CRAMERI Analecta litteraria ad historiam Novellarum Iustiniani. *Kil.* 1794. pag. 9. sq. und HAUBOLD Praecognita iur. Rom. Cap. II. §. 12. Not. g.

Zum Beschluß müssen wir noch einige litterärische Bemerkungen sowohl von den verschiedenen lateinischen Uebersetzungen und Ausgaben des griechischen Textes, als den Commentaren über die Novellen hinzufügen.

I) Unter denen, welche die Novellen des K. Justinians ins Lateinische übersetzt haben, verdient zuerst Julian angeführt zu werden. Er war Professor der Rechte zu Constantinopel, und lebte unter den Kaisern Justin II. Tiber II. und Mauricius. Dieser verfertigte ums Jahr 570. einen Auszug aus Justinians Novellen in ächt lateinischer Sprache. Er enthält 125. Novellen, und ist in zwey Bücher eingetheilt. Nicolaus Boërius machte diese *Epitome Novellarum* IULIANI zuerst im Druck bekannt, Lyon 1512. Sie ist hernach öfters wieder aufgelegt worden, allein die beste Ausgabe hat *Francois* DESMARES zu Paris 1689. Fol. veranstaltet. Hiernächst hat

II) Gregorius Haloander den griechischen Text von 137 Novellen mit einer eleganten lateinischen Version zu Nürnberg 1531. Fol. herausgegeben [55]). Haloander gab seine Novellen nicht aus den Büchern der Basiliken, wie Hombergk [56]) meint, sondern aus einer eigen-

55) Man behauptet zwar insgemein, als ob Haloander 165 Novellen griechisch edirt habe. S. GRAVINA de Ortu et progress. iur. civ. cap. 135. STRUV Histor. iur. Rom. Cap. 3. §. 9. HOFFMANN Histor. iuris Rom. Lib. II. cap. 2. §. 14. und BRUNQUELL Hist. iuris P. II. cap. 12. §. 15. Allein diese Meinung ist ganz irrig, wie *Iac.* VOORDA Elector. libr. sing. *Traj. ad Rhen.* 1749. 8. Cap. 27. gezeigt hat.

56) Praefat. versionis lat. Novellar. gegen das Ende.

thümlichen Handschrift heraus, wie er in der seiner Ausgabe vorgesetzten *Epistola nuncupatoria* selbst sagt [57]). Wie er dazu gekommen, und was das vor ein Codex gewesen, erzählt SUARESIUS [58]). **Haloander** erhielt durch die Bemühung des **Johann Baptista Egnatius** Copie eines Exemplars von den Novellen, welches LUDOVICUS BOLOGNINUS oder *Bononiensis* aus der **Marcianischen Bibliothek** zu **Venedig** hatte abschreiben lassen, und zu Florenz in der Laurentianischen öffentlich aufbewahret wird. In vielen Stücken kommt zwar das Haloandrinische Exemplar mit den Basiliken des K. **Leo** überein, aber oft ist es von den letztern ganz verschieden, und viele Novellen erscheinen weit vollständiger in der Haloandrine, die in den Basiliken defect sind, wie **Jacob Voorda** [59]) durch viele Beyspiele ausser Zweifel gesetzt hat.

III) Eine noch vollständigere Ausgabe des griechischen Textes lieferte **Heinrich Scrimger**, ehemaliger Rechtsgelehrter zu Genf wo er im Jahr 1571. starb. Diese ist ohnstreitig die beste griechische Ausgabe. **Scrimger** bediente sich dabey eines vortreflichen Codex, den der Cardinal **Bessarion** mit sich von Griechenland nach Venedig gebracht, und daselbst der Republik bey seinem Absterben vermacht hatte. Hierdurch hat **Scrimger** die beym **Haloander** fehlenden Novellen mit 23 derselben vermehrt. Der vollständige Titel dieser Augabe ist: Αὐτοκρατόρων, 1571.

57) Pag. 2.

58) Notit. Basilicor. § *Interpres.* Man sehe auch AUGUSTINI Emendat. Lib. II. cap. 9. und Paratit. ad Nov. 2. auch *Jac.* GOTHOFREDI Histor. iur. civ. cap. 4.

59) Elector. libro sing. cit. cap. pag. 259—275.

Ιεσινιανῦ, Ιεσίνε, Λέοντος νεαραὶ διατάξεις. Ιεσινιανῦ ἔδικτα. *Impp. Iuſtiniani, Iuſtini, Leonis Novellae conſtitutiones. Iuſtiniani Edicta. Ex bibliotheca illuſtris viri Hulderici* Fuggeri *domini in Kirchherg et Weiſſenborn, publicae commoditati dicantur. Iuſtiniani quidem opus antea editum, ſed nunc primum ex vetuſtis exemplaribus ſtudio et diligentia* Henrici SCRIMGERI, *Scoti, reſtitutum atque emendatum, et* viginti tribus conſtitutionibus, *quae deſiderabantur, auctum. Cui et Edicta eiusdem Imperatoris non prius edita, tamquam corollarium acceſſerunt. Iuſtini autem et Leonis conſtitutiones (quae et ipſae in antiquis codicibus Novellae cognominantur) nunquam antea in lucem prolatae. Anno MDLVIII. Excudebat* Henricus Stephanus, *Hulderici Fuggeri typographus.* Fol. Der Druckort iſt nicht genennt, wahrſcheinlich iſt es Genf oder Paris [60]). Nach dieſer Scrimgeriſchen Ausgabe edirte

IV) Heinrich Agyläus Verbeſſerungen und Supplemente zur Haloandriniſchen, indem er nicht nur die in der Haloandrina fehlende Novellen aus dem Scrimger ins Lateiniſche überſetzte; ſondern auch aus eben demſelben die Fehler der Haloandriniſchen Verſion verbeſſerte. Dies Werk erſchien zu Cölln 1560. 8. und hat folgenden Titel: *Novellarum Iuſtiniani Principis conſtitutionum ſupplementum, antehac non editum, una cum Haloandri ac Scrimgeri editionum collatione, per Henricum* AGYLAEUM. Man pflegt

60) Man ſehe Herrn Direct. Zepernicks Praetermiſſa de vita, rebus geſtis, et conſtitutionibus Leonis. Sect. III. §. XVIII. in *Mantiſſa Commentat. ad* RECKIUM *de Novellis Leonis.* pag. 331. ſeqq. wo man eine ausführliche Nachricht von dieſer Scrimgerſchen Ausgabe der Novellen finden wird.

pflegt zwar eben demſelben auch folgende Edition der Novellen zuzuſchreiben: *Iuſtiniani Principis Novellae Conſtitutiones latine ex Gregorii Haloandri et Henrici Agylaei interpretatione, ad graecum Scrimgeri exemplar nunc primum editae. Baſiliae* per. Io. Herwagium. MDLXI. 8vo max. Allein es iſt noch einigem Zweifel unterworfen, ob Agyläus der Verfaſſer dieſer Ausgabe ſey [61]). Endlich hat

V. der ehemalige Marburgiſche Rechtslehrer Johann Friedrich Hombergk zu Vach die Novellen des Krs. Juſtinian aus dem griechiſchen ins lateiniſche überſetzt, und mit Noten erläutert: dieſe iſt ohnſtreitig die allerbeſte Ausgabe. Sie kam unter dem Titel: *Novellae Conſtitutiones D. Iuſtiniani Sacr. Princ. ex graeco in latinum converſae et notis illuſtratae* zu Marburg 1717. 4. heraus, und enthält zugleich *Fr.* PITHOEI Gloſſarium obſcurorum verborum Iuliani Anteceſſ. Conſt. Desgleichen *Ant.* AUGUSTINI quorundam verborum Iuliani interpretatio, und des CUJACII und AGYLAEI Obſervationes de dierum annotatione. Dieſe verſchiedenen griechiſchen und lateiniſchen Ausgaben der Novellen dienen uns nun vorzüglich zur richtigen Beſtimmung des Sinnes derſelben, welcher nicht ſelten in der verſione vulgata durch Barbarismen verdunkelt, ja wohl gar entſtellt und verfehlet worden iſt. Wie, wenn nun alſo die Vulgata von dem griechiſchen Texte abweicht, und einen unrichtigen Sinn der Novelle darſtellt, welcher Text wird den Vorzug behaupten? Die gewöhnliche Theorie der Rechtsgelehrten iſt, die Vulgata gehe nicht nur den übrigen Ueberſetzungen, ſondern auch dem griechiſchen Texte vor, weil nur

61) S. ZEPERNICK Praefat. Delectui praemiſſa §. XI. pag. 69.

nur erstere in Teutschland allein recipirt sey, mithin auch nur allein ein gesetzliches Ansehen in den Gerichten erlangt habe [62]) Allein es hat schon der vorhin gedachte Hombergk zu Vach dieses gemeine Vorurtheil aus Gründen bestritten, die gewiß bey einem Jeden, dem Wahrheit am Herzen liegt, ihr Gewicht haben werden [63]). Warum sollte bey unrichtiger Uebersetzung eines so wichtigen Theils des Justinianeischen Rechts, welcher das neueste römische Recht enthält, nicht eben so wohl, wie in andern Fällen, wo ein offenbarer Irrthum zum Grunde liegt, jener allgemeine Ausspruch des Celsus [64]): *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet*, seine Anwendung finden?

Zum Beschluß wollen wir nur noch kürzlich die vorzüglichsten Commentare über die Novellen anführen. Hierher

62) S. NETTELBLADT system. element. iurisprud. posit. Germanor. §. 179. p. 100. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 49. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 12.

63) Praefat. versioni Novell. praem. Man beherzige besonders folgende Worte: *Usus et receptio Iuris Iustinianei nos ligat, non vero minus accurata interpretatio legum ab homine privato concinnata. Neque enim in eius gratiam, vel propter auctoritatem eius Novellas recepimus, sed quia illae sunt pars iuris civilis recepti. Ut autem latinae non Graecae in usum venirent, id inde factum, quia Graecae non extabant. His deinde in lucem protractis, Latinae cedant necesse est, utpote quae non aliter se habent, quam ut ἀπογραφον seu exemplum, cui maior, quam archetypo, fides non debetur.*

64) L. 39. *D. de Legib.* Mit mir stimmen überein de COCCEJI iur. civ. controv. Prolegom. Qu. 4. PÜTTMANN Miscellan. iuris Cap. XXII. pag. 207. und *Aug. Corn.* STOCKMANN ad *Bachii* histor. iurispr. Rom. pag. 585.

her gehören auſſer *F.* BALDUINI Iuſtinianus, Deſſelben Commentarii in Novellas I. IV. XVIII. et CXVIII. Auch Ebendeſſelben breves Commentarii in praecipuas Iuſtiniani Imp. Novellas. (Beyde ſtehen in der *Iurispr. Rom. et Attica* T. I. Fol. 1201. und 1322. *I.* CUJACII Expoſitio Novellarum *Colon.* 1569. und in *Op.* Tom. II. *Conr.* RITTERSHUSII Ius Iuſtinianeum ſ. Novellarum Iuſtiniani expoſitio methodica. *Argentorati* 1615. und edit. auct. *Ibidem* 1669. 4. *Pet.* GUDELINI Commentarior. de iure noviſſimo libri ſex. *Francofurti* 1668. 4. und *Lucae* 1780. F. Den neueſten Commentar über Juſtinians Novellen hat ein Neapolitaniſcher Rechtsgelehrter, mit Namen *Ioſ.* TOSCANI geſchrieben, welcher in Deſſelben Iuris publici. Rom. arcan. Tom. III. P. I. p. 85. ſeqq. *Neap.* 1774. und Tom. IV. P. I. *Neap.* 1777. P. II. ib. 1780. et P. III. ib. 1782. 4. befindlich iſt.

§. 55.

Von den Edicten des Krs. Juſtinian.

Die dreyzehen Edicte des Ks. Juſtinian, welche man in neuern Zeiten den Novellen noch beygefügt hat, ſind von geringer Erheblichkeit, und haben meiſt nur einen particulären Gegenſtand. Das fünfte iſt überdies ſchon unter den Novellen enthalten, und macht die 111te Novelle aus. Scrimger edirte ſie zuerſt mit Juſtinians übrigen Novellen griechiſch 1558. und Agyläus überſetzte ſie ins Lateiniſche 1560. Seit der Zeit ſind ſelbige zwar in die Ausgaben des Corpus Juris aufgenommen worden, und ſchon in der Rußardiniſchen, Lyon 1560. Fol. anzutreffen; allein in der Praxi gelten ſie dennoch nicht [65]).

§. 56.

65) S. *Hier. Gottl.* KIND D. de XIII. Iuſtiniani edictis. *Lipſiae* 1793.

§. 56.

Von der heutigen Gültigkeit des Justinianeischen Rechts. Erläuterung der Regel: *Quidquid non agnoscit glossa* etc.

Soviel nun hiernächst die heutige Gültigkeit des Justinianeischen Rechts anbetrift, so ist zuförderst soviel ausser allem Zweifel, daß dieselbe nicht aus einer Promulgation, sondern allein aus einer freywilligen Reception in Teutschland herzuleiten sey, ob es wohl nicht geläugnet werden kann, daß der irrige Wahn, als ob unsere teutsche Kaiser, ohne Teutschland und Italien von einander zu unterscheiden, in beyderley Betrachte, die alten römischen Kaiser als ihre Vorfahren am Reich anzusehen gehabt hätten, ausser andern Ursachen (S. Ant. §. 77.) viel zu der Aufnahme des römischen Rechts in Teutschland beygetragen habe [66]). Man ist auch ferner darin einverstanden, daß dieses Justinianeische Recht als ein gemeines geschriebenes Recht in Teutschland gelte, dessen Reception in einzelnen Fällen, wo man sich darauf beruft, nie erwiesen werden dürfe, vielmehr derjenige, welcher sich darin gründet, jederzeit fundatam intentionem, wie man zu sagen pflegt, für sich habe [67]). Fragt man jedoch weiter, in wiefern das Justinianeische Recht in Teutschland eingeführt sey? so kann, wenn gleich ohne

66) S. Joh. Steph. Pütters Abhandlung, wie das Justinianisch römische Gesetzbuch in Teutschland zur gesetzlichen Kraft gediehen sey? in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte. II. Th. N. 23. S. 30. folgg.

67) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. Part. I. Spec. VI. med. 1. 2.

ohne allen Zweifel ist, daß dasselbe in complexu suo recipirt sey (Aut. §. 78.), dennoch, ohne sich den gröbsten Irrthümern Preis zu geben, nicht behauptet werden, daß alles, was wirklich Justinianeischen Rechtens ist, auch ebenfalls bey uns gelte; sondern es ist vielmehr der heutige Gebrauch desselben behutsam und nach folgenden Regeln zu beurtheilen [68]).

Erste Regel: Wenn über den heutigen Gebrauch einer Stelle des Justinianeischen Rechts die Frage entsteht, so hat man vor allen Dingen darauf zu sehen, ob dieselbe glossirt ist oder nicht; indem alle diejenigen Theile und Stücke des Justinianeischen Gesetzbuches in Teutschland kein gerichtliches Ansehen behaupten, welche nicht glossirt sind; nach der Regel: *quidquid non agnoscit glossa, illud non agnoscit curia* [69]).

Man nennt diejenigen Theile und Stücke des Justinianeischen Rechts glossirt, welche mit den Anmerkungen

68) Vorzüglich verdienen hier empfohlen zu werden Herrn Prof. D. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts. Schwerin, Wismar und Bützow. 1782. 8. Man sehe jedoch auch NETTELBLADT Systema element. iurisprud. positivae Germanor. commun. §. 179. n. 2. p. 99. seq.

69) Vortreflich hat diese Regel erläutert Herr Dir. ZEPERNICK in Coniectur. quibus ex causis Novellae Leonis Sap. in Germania receptae dici nequeant. Cap. II. §. 22. und besonders Cap. III. §. 24. — 26. hepm. BECK pag. 533.

gen und Erläuterungen der alten Gloſſatoren verſehen ſind. Gloſſatoren aber werden diejenigen italiäniſchen Rechtsgelehrten genennt, welche im 12. und 13. Säculum zu Bologna die römiſchen Rechte lehrten, und bey ihrem Vortrag die Juſtinianeiſchen Geſetzſammlungen zum Grunde legten, und dieſe mit ihren Gloſſen oder Anmerkungen zu erläutern ſuchten. Der erſte und berühmteſte derſelben, welchen Odofredus [70]) daher den *primus illuminator ſcientiae noſtrae* nennt, war Irnerius, der aber eigentlich Werner oder Warner geheiſſen, ob er gleich deswegen kein Teutſcher von Geburt, wie Brenkmann, durch jenen teutſchen Namen verführt, ſich eingebildet [71]), ſondern ein Italiäner, von Bologna gebürtig, geweſen [72]). Dieſer Irnerius fieng, durch das Beyſpiel eines gewiſſen Pepo [73]) aufgemuntert, der auch ſchon vorher das römiſche Recht zu lehren verſucht, aber wenig Beyfall gefunden hatte, in der erſtern Hälfte des zwölften Jahrhunderts an, über die Juſtinianeiſchen Geſetzſammlungen Vorleſungen zu halten, und wußte theils durch ſeine neue Lehrart, die mit allgemeinem Beyfall aufgenommen wurde, theils durch die Annehmlichkeit ſeines Vortrags [74]), der römiſchen Rechte

70) ad L. *ius civile* D. de Iuſt. et Iure.

71) BRENCMANN Hiſtor. Pandectar. Lib. I. c. V.

72) S. MAURUS SARTIUS in Irnerio, §. 2. bey ZERBANICK in *biga libellor.* pag. 101.

73) ODOFREDUS a. a. O. *Quidam dominus* PEPO *caepit auctoritate ſua legere in legibus, tamen, quidquid fuerit de ſcientia ſua, nullius nominis fuit.*

74) Der gute Vortrag war der Irnerianiſchen Schule ſo eigen, daß es zum Sprüchwort wurde: *bononienſem in morem dicere,* und

1) wenn selbst das Object des Gesetzes heutiges Tages gar nicht mehr existiret. Dahin gehören z. B. diejenigen Verordnungen, welche die besondere Regimentsverfassung des römischen Staats und dessen Verwaltung betreffen. Daher fällt heut zu Tage die ganze Reihe von Titeln, welche von dem Amte der römischen Obrigkeiten, als de officio praefecti praetorio, praefecti urbi, praefecti vigilum, praetorum, proconsulis, praefecti augustalis, praesidis u. s. w. handeln, (Lib. I. Tit. 9-22.) ganz weg. Aus der nämlichen Ursache findet auch die Verordnung des römischen Rechts von der Legitimation unehelicher Kinder per oblationem Curiae bey uns keine statt. Hieraus ersieht man zugleich, wie nöthig es sey, um über den Gebrauch und Nichtgebrauch römischer Gesetze richtig urtheilen zu können, mit den Gegenständen derselben genau bekannt zu seyn? und wie unentbehrlich eben aus diesem Grunde das Studium der römischen Alterthümer sey?

2) Kann ein römisches Gesetz auch dann nicht mehr gelten, wenn der wesentliche Grund desselben, ohne welchen sich das Gesez gar nicht denken läßt, bey uns ganz wegfällt. Nur unter dieser Bestimmung ist die Regel wahr; *cessante ratione legis, cessat eius dispositio*, die nur gar zu oft, wenn es auf den heutigen Gebrauch einer justinianeischen Verordnung ankommt, gemißbraucht wird. Ein Gesetz kann mancherley Veranlassungen, kann verschiedene Ursachen haben. Gesezt nun auch, die Umstände hätten sich geändert, es fiele diese oder jene Nebenursache bey uns weg, welche vorzüglich etwa den Römern ein Gesez nüzlich machte; so kann doch deswegen die heutige Gültigkeit des

Ge-

Gesetzes selbst nicht bezweifelt werden, so lange der Hauptgrund des Gesetzes auch bey uns noch statt findet. Ein Beyspiel giebt die actio de recepto, deren heutiger Gebrauch bloß darum noch keinesweges geläugnet werden kann, weil unsere Wirthe nicht mit jenen Römischen, als welchen die Gesetze von Seiten ihrer Ehrlichkeit eben kein günstiges Zeugniß beylegen [89]), in eine Classe gesetzt werden können, indem der Grund der Billigkeit, daß Fremden, welche sich in keine weitläuftige Processe einlassen können, kurz und ohne Umschweif zu dem Ihrigen verholfen werde, allerdings auch noch heut zu Tage fortdauernd bleibt. Soll also das römische Gesetz bey uns seine Anwendung verlieren, so muß der wesentliche Grund desselben, ohne welchen sich die Verordnung selbst gar nicht denken lässet, gänzlich cessiren. Eben darum läßt sich in Teutschland von den Vorschriften des römischen Rechts, welche von simplen Verträgen, und stricti iuris Contracten reden, kein Gebrauch machen; denn sie gründen sich auf das besondere Formularwesen der Römer, welches die Teutschen nicht aufgenommen haben.

Zuweilen kann jedoch der Hauptgrund eines römischen Gesetzes wegfallen, und das Gesetz bleibt doch verbindlich. Dieses geschieht in den Fällen, wo der Grund des Gesetzes mit der Disposition desselben nicht so wesentlich verbunden ist, daß sich die letztere mit Aufhebung des erstern nicht mehr gedenken ließe. Daher finden wir es sehr oft, daß in den römischen Gesetzen Consequenzen übrig geblieben sind, ob schon der Grundsatz, woraus sie ihren Ursprung herleiten, längst

89) *L. 1. §. 1. D. Nautae caup. et stabul.*

längst aufgehoben worden. Zum Beyspiel kann die Querela inofficiosi testamenti dienen, welche bekanntermassen auch noch heutiges Tages länger nicht, als fünf Jahre, dauert, obgleich der Kläger nach der Nov. 115. Kap. 3. u. 4. nicht mehr nöthig hat, den Vorwand zu gebrauchen, als ob der Testator nicht recht bey Verstande gewesen wäre.

§. 59.

Vierte Regel.

Auch diejenigen Verordnungen des römischen Rechts gelten heutiges Tages nicht, welche solche Gegenstände betreffen, die zwar den Römern eben so gut, als den Teutschen, bekannt waren, aber doch bey der Einführung des römischen Rechts von den Teutschen darum, weil sie ihren Sitten und Denkungsart ganz entgegen giengen, nicht recipirt worden sind.

Die Lehre von Erbverträgen giebt uns hiervon ein sehr treffendes Beyspiel. Nach römischen Rechten gelten sie, einige wenige Fälle ausgenommen, nicht, man besorgte, vielleicht nicht ohne Grund, sie möchten den Wunsch nach des andern Tode rege machen, und wohl gar zu Lebensnachstellungen Anlaß geben. Allein bey den Teutschen sind Erbverträge von jeher üblich gewesen, und als gültig und unwiderruflich angesehen worden. Ja sie waren, ehe die Teutschen durch Einführung des römischen Rechts die Testamente kennen lernten, das einzige Mittel, über die Erbfolge zu disponiren. Diese Grundsätze haben die Teutschen auch noch nach Einführung des römi-

schen

schen Rechts, alles darin enthaltenen Verbots ohngeachtet bis auf den heutigen Tag aufrecht zu erhalten gewußt. Daher die Vorschriften des römischen Rechts in dieser Materie keine Anwendung bey uns finden [90]).

§. 60.

Fünfte Regel.

Eben so wenig läßt sich das röm. Recht auf solche Gegenstände und Rechtshandlungen der Teutschen anwenden, welche den Römern ganz unbekannt waren, und blos aus teutschen Sitten und Verfassungen ihren Ursprung haben.

So kann daher das einer Wittwe aus der Verlassenschaft ihres Ehemanns nach teutschen Rechten gebührende Witthum eben so wenig, als die Gemeinschaft der Güter unter teutschen Ehegatten aus dem römischen Rechte beurtheilet werden.

§. 61.

Sechste Regel.

Wo nun aber alle diese Regeln den Gebrauch des römischen Rechts nicht hindern, da findet solches in allen übrigen Fällen seine Anwendung, sofern nicht der Gebrauch desselben durch die in Teutschland geltenden übrigen entweder einheimischen oder kanonischen

90) *Ad. Fr.* HEBESTREIT Vindiciae veri valoris pactor. successor. Erfordiae 1768.

schen Rechte eingeschränkt wird, oder dasselbe durch Nichtgebrauch, wie z. B. bey den Pönalklagen, erloschen ist. Von diesen Einschränkungen werde ich erst weiter unten reden. Hier bemerke ich nur noch, daß, da das römische Recht in Teutschland einmahl zur Kraft eines gemeinen Reichsrechts gediehen, und, als ein solches, reichsgesetzmäßig bekräftiget worden ist [91]), der Gebrauch desselben so wenig durch ein Erkenntniß des Cammergerichts, welches nicht pro lege Imperii zu halten, in einzelnen Fällen aufgehoben, als durch ein Zeugniß eines Cammergerichtsassessoris entkräftet werden könne. Dahero es ganz vergeblich ist, wenn einige neuere Rechtsgelehrte aus diesem Grunde den heutigen Gebrauch der L. ult. C. de praescript. XXX. et XL. annor. desgleichen der L. 2. und L. ult. C. de litigios. und anderer Gesetze mehr bezweifeln wollen.

§. 62.

Postiustinianeisches Recht. a) orientalisches. 1) Basiliken des Kaisers Leo.

Wir haben nun noch von dem letzten Theil des römischen Rechts, nämlich den Postiustinianeischen, zu handeln. Hierher gehören einmahl die nach des Kaiser Justinians Regierung im Orient promulgirte neuen Gesetze und Rechtsbücher, von denen wir noch heutiges Tages betrachte

91) Reichshofr. Ordnung Tit. VII. §. 24. So sollen auch unsere kaiserliche Wahlcapitulation, alle Reichsabschied, Cammergerichtsordnung, — *Corpus iuris civilis* und canonici, — auf der Reichshofraths Tafel, damit man sich deren in zweifelhaften Fällen gebauchen könne, stets vorhanden seyn, und von selbiger nicht verrücktwerden.

trächtliche Fragmente übrig haben [92]). Auſſer den wenig intereſſanten Novellen der Kaiſer **Juſtin** II. und **Tiberius**, welche auch nach der Ueberſetzung des Agyläus den meiſten Ausgaben des Corporis iuris civ. angehängt ſind; und dem Πρόχειρον νομικόν, (Promptuarium iuris) welches der Kaiſer **Baſilius Macedo**, mit ſeinen beyden Söhnen, dem **Conſtantin** und **Leo**, im Jahr 876. bekannt gemacht hat, und aus 40 Titeln beſteht [93]); verdienen die ſogenannten **Baſiliken** des K. **Leo** unſere ganze Aufmerkſamkeit. K. **Baſilius Macedo** ließ dieſes Werk durch eine Geſellſchaft von Gelehrten, unter denen **Symbatius Protosphatarius** den erſten Platz behauptet zu haben ſcheinet, vornehmlich aus den damahls vorhandenen mancherley griechiſchen Ueberſetzungen des juſtinianeiſchen Rechts zuſammentragen [94]). Es kam jedoch erſt nach deſſelben Tode unter der

92) Einen groſſen Theil dieſer orientaliſchen Geſetze und griechiſchen Rechtsbücher haben *Enimund.* BONEFIDIVS in Iure orientali *Paris* 1573. und *Io.* LEVNCLAVIVS Iure Graeco-Romano cura *Matq.* FREHERI Francof. 1596. fol. Tom. II. geſammlet.

93) Mehrere Nachrichten hiervon findet man in den gelehrten Anmerkungen des Hrn. Dir. **Zepernicks** über BECK de Novellis Leonis Halae 1779. 8. pag. 18. ſeq.

94) *Georg.* CEDRENVS Annal. ſ. Compend. Hiſtoriae in vita *Baſilii.* pag. 468. — *Sed et civiles leges videns multum habere confuſionis atque obſcuritatis, operam dedit, ut iis convenientem faceret medicinam: itaque abrogare inutiles, iisque amputatis multitudinem bonarum expurgare intendit. Sed mors eius hoc inſtitutum intercepit, res a filio deinde perfecta eſt.* Kaiſ. **Leo** ſelbſt eignet dieſes Werk nicht undeutlich *Nov. LXXI.* ſeinem Vater zu. S. ZEPERNICK Praetermiſſa de vita, rebus geſtis, conſtitutionibus, inprimis Novellis Leonis Sap. Sect. III. §. XII. hinter BECK *de Nov. Leonis.* pag. 286. ſeq.

der Regierung des K. Leo des Philosophen zu Stande, welcher dieses Gesetzbuch im Jahr 887. promulgirte, und zur Ehre seines Vaters des Kais. Basilius ΒΑΣΙΛΙΚΑ nannte. Das ganze Werk ist in sechzig Bücher, und jedes Buch in Titel abgetheilt, daher es auch ἑξηκοντάβιβλος oder ἑξάβιβλος genennt wird. Von diesen Basiliken haben wir jedoch heutiges Tages nur noch sechs und dreyßig vollständige Bücher, nämlich das I. 3. 4. 5. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 38. 39. 40. 41. 42. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. und 60te, von welchen das 49. 50. und 51. im fünften Tom des *Thesauri Meermanniani* *), die übrigen aber in der Fabrotischen Ausgabe der Basiliken befindlich sind. Es ist daher eine offenbare Unwahrheit, womit Fabrot viele hintergangen hat, die ihm auf sein Wort geglaubt haben, wenn er 41. Bücher vollständig edirt zu haben vorgiebt [95]). Denn das 2. 6. 16. 17. 18. und 30te Buch sind defect, und ganzer 21. Bücher, nämlich das 19. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 43. 44. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. und 59. unächt, wo Fabrot nicht die Bücher der Basiliken selbst, sondern statt derselben eine Rhapsodie aus der Synopsi Basilicorum, dem Theodoro Hermopolita, Constantino Harmenopulo, den Glossen der Basiliken und den Commentaren des Cujacius über die

*) Bey Meermann T. V. steht zwar auch das 52ste Buch, allein es ist defect.

95) Praefat. seiner Ausgabe (Paris 1647. VII. Volum. Fol.) *Aequiores autem rerum iudices heic monendi sunt, libros Basilixῶν in libros sexaginta a Leone Imp. divisos integros ad nos non pervenisse, sed libros tantum XLI.*

die drey leztern Bücher des Codex geliefert hat [96]). Die Schreibart ist übrigens in den Basiliken sehr verschieden, bald ungemein weitschweifig, bald sehr kurz, je nachdem die Verfasser bald eine weitläuftigere, bald eine kürzere Uebersetzung von Justinians Gesetzsammlungen vor Augen gehabt haben. Denn einige z. B. *Thalelaeus* und *Stephanus* hatten die Pandecten und den Codex εἰς πλάτος (paraphrastisch), andere, wie *Dorotheus*, κατὰ πόδα (wörtlich), noch andere hingegen, z. B. *Anatolius* und *Cyrillus* κατ' ἐπιτομὴν, (auszugsweise) übersezt. Zur Erläuterung des Textes haben die griechischen Rechtsgelehrten Scholien und Glossen geschrieben, erstere hat **Fabrot** dem Texte beygefügt, leztere aber, welche Erklärungen dunkler Rechtswörter enthalten, sind zuerst von **Carl Labbäus**, Paris 1606. 8. gesammlet, und hernach noch mit vielen Zusäzen und Verbesserungen auch mit den gelehrten Anmerkungen des **Anton Schultings** von Eberh. **Otto** dem dritten Tom des *Thesauri iuris Rom.* inserirt worden. **Matth. Roever** [97]), **Pet. Bondam** [98]) **Pet. Lucret. Struchtmeyer**

96) Vorzüglich verdient hierbey das elegante Programm des sel. Geh. Tribunals-Raths **Höpfner** unter dem Titel: Praeter missa quaedam de Βασιλικων libris *Giessae* 1774. nachgesehen zu werden. Ein Auszug daraus nebst Berichtigungen und Zusätzen steht in des Hrn. Prof. **Hugo** civilistischen Magazin 2. Band 4. Heft Nr. XVIII. Eben daselbst findet man auch S. 410 ff. eine vollständige Litteratur der Basiliken.

97) Specim. Observat. et Emendat. ad glossas veteres verbor. iuris hinter dem *Fragmento veteris ICti de iuris speciebus* pag. 41.

98) Animadversion. criticae ad loca quaedam iuris civ. depravata cap. VI—X. in **Oelrichs** *Thes. novo Dissert. Belgicar.* Vol. II. T. 2. pag. 107. seqq.

meyer [99]), Gerh. Joh. Jacobson [100]) und Joh. Bernh. Köhler [1]) haben diese Glossas nomicas hernach noch mehr berichtiget und erläutert.

§. 63.

Heutiger Gebrauch der Basiliken.

Diese Basiliken, so weit sie auf unsere Zeiten gekommen sind, haben nun zwar heutiges Tages kein gerichtliches Ansehen, weil sie in Teutschland nicht recipirt worden sind; indessen haben doch diese Bücher ihren grosen Nutzen bey der Erklärung des in Teutschland geltenden Justinianeischen Rechts. Denn mit Hülfe derselben können nicht nur manche corrupte Stellen emendirt, und recipirte, von Andern aber in Zweifel gezogene, Lesearten bestärket werden, sondern man kann auch aus denselben beurtheilen, ob etwa Glosseme durch die Nachlässigkeit der Abschreiber in den Text eingeschlichen sind, und überhaupt können manche dunkele Stellen in unserm Römischen Gesetzbuche durch die Basiliken vortreflich illustriret werden. Cujacius, der uns zuerst den Weg zeigte, mit Hülfe jener griechischen Ueberbleibsel das justinianeische Recht zu erklären, und die übrigen Rechtsausleger, die ihm auf diesem Wege nachgefolget sind, unter welchen ich vorzüglich einen Abraham Wieling [2]) nenne, haben diesen Nutzen der Basiliken durch viele Beyspiele ausser allem Zweifel gesezt [3]). Inzwischen

99) Epist. crit. in glossas nomicas Vltraj. 1769.

100) Specim. critic. in glossas nomicas. *Daventr.* 1777. 4.

1) Interpretat. et Emendat. iur Rom. Lib. I. cap. 6. et 7.

2) Lectiones iuris civ. *Trajecti ad Rhen.* 1740.

3) Auch ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 280—292. und WALCH ad Eundem haben viel Beyspiele gesammlet.

schen ist auch hier viel Behutsamkeit nöthig. Denn einmahl würde man sich sehr irren, wenn man die Basiliken für ganz fehlerfrey halten wollte. Joh. Wilh. Hoffmann [4]) entdeckte nur allein in der Lehre von der Erbtheilung vier zehen Fehler. Sodann müssen wir immer bedenken, daß die Basiliken erst lange Zeit nach Justinian verfertiget worden, die Verfasser derselben manches aus dem Rechte der spätern Kaiser eingemischt [5]), und daß selbst die Verfasser der griechischen Versionen, aus denen die Bücher der Basiliken sind compiliret worden, viel zu weit von den Zeiten der alten Rechtsgelehrten und römischen Kaiser, deren Gesetze sie interpretirten, entfernt gewesen, als daß wir es ihnen zutrauen dürften, überall den Sinn derselben gehörig gefaßt zu haben [6]). Nicht jede Abweichung der Basiliken

4) Meletemat. ad Pandect. Diss. XI. §. 2. *Basilicorum ope innumera lucem et integritatem acceperunt iuris nostri loca. — Vehementer autem illi falluntur, qui parum aut nihil, quod manum medicam desideraret, in* Basilicis *post* FABROTTI *diligentiam supereſſe putant. In una de familia erciscunda tractatione quatuordecim naevos observavi, quos vel librariorum, vel operarum, vel ipsorum veterum interpretum reliquit negligentia.*

5) Beyspiele hiervon haben BYNCKERSHOECK Observ. Iur. Rom. Lib. VIII. c. 17. HOFFMANN Meletemat. ad Pandect. Diss. XXXI. §. 4. und REINIUS in Notitia Basilicor. *Stricturis ad Iustiniani Cod. et Pandect.* praefixa.

6) Mit Recht sagt daher VOORDA Elect. cap. V. pag 68. *Habet quidem Graecorum auctoritas in constituenda lectione, de qua ambigitur, pondus nonnunquam haud exiguum; sed in indaganda atque exponenda sententia, ubi minime dubia lectio est, nihilo unquam plus valet, quam cuiuslibet interpretis alius. Vide.*

von dem Text des Justinianeischen Rechts darf uns demnach berechtigen, gleich eine Aenderung in den Gesetzen unsers corporis iuris civilis vorzunehmen; nein, es muß offenbar seyn, daß die Stelle des justinianeischen Rechts corrupt sey, wenn sie aus den Basiliken emendiret werden soll [7]). Dahero ich den Ausspruch eines berühmten holländischen Rechtsgelehrten [8]) zu unterschreiben kein Bedenken trage, welcher sagte: *ex Basilicis quidquam temere latino textui obtrudendum haud esse.* Eben dieses ist auch bey den übrigen auf unsere Zeiten gekommenen kleinern griechischen Rechtsbüchern und Schriften der griechischen Rechtsgelehrten zu erinnern, welche unter den Namen *Synopses, Epitomae, Ecclogae* und *Promtuaria* bekannt, und grösstentheils aus den Basiliken excerpirt worden sind, obwohl auch hieraus mancher Nutzen zur Aufklärung des römischen Rechts geschöpft werden kann.

§. 64.

Videre illi potuerunt, atque significare etiam, quemadmodum scriptum fuerit in codicibus procul dubio emendatis maxime, certe antiquissimis; quo vero sensu quodque fuerit scriptum non magis potuerunt perspicere, quam qui vixerunt postea. Hinc tot eorum in reddendis Veterum sententiis errores, ab aliis deinde animadversi ac notati.

7) WALCH ad Eckhardi Hermenevt. iuris. pag. 548. seqq. Von dem Gebrauch dieser griechischen Rechtsüberbleibsel hat auch Herr Prof. PÜTTMANN in Diss. de querela inoffic. testam. fratribus uterinis haud concedenda Cap. III. ein sehr gründliches Urtheil gefällt.

8) *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. lection. iuris civ. pag. 81.

§. 64.

Novellen des K. Leo.

Äuſſer den Baſiliken hat K. Leo noch viele neue Verordnungen gemacht, welche unter der Aufſchrift Imp. LEONIS *Novellae Conſtitutiones, aut correctoriae Legum repurgationes* einen nicht unbeträchtlichen Anhang des Römiſchen Geſetzbuchs ausmachen. Sie ſind wahrſcheinlich zwiſchen den Jahren 887. und 893. vom Kr. Leo ſelbſt aufgeſezt, jedoch nicht einzeln, ſondern alle zugleich und auf einmahl in derjenigen Sammlung bekannt gemacht worden, welche wir von ihnen haben [9]). Dieſe Sammlung beſteht aus 113. Novellen, man hat jedoch in neuern Zeiten in verſchiedenen Bibliotheken, als in der Wiener, Uffenbachiſchen, und der des Ant. Auguſtinus noch manche nicht gedruckte Novellen des Kr. Leo entdeckt, welche in unſerer heutigen Sammlung nicht befindlich ſind [10]). Heinrich Scrimger gab die Novellen des K. Leo zuerſt in ihrer griechiſchen Urſprache 1558. heraus. Heinrich Agyläus überſezte ſie hierauf ins lateiniſche 1560. Von der Zeit an ſind ſie auch dem Römiſchen Corpori iuris angehängt worden, und die erſte Ausgabe, in welcher ſie nach der Verſion des Agyläus anzutreffen ſind, ſcheint diejenige zu ſeyn, welche zu Lyon 1562. in Folio, wahrſcheinlich durch die Beſorgung des Hugo a Porta herausgekommen iſt.

9) S. *Caſp. Achat.* BECK de Novellis Leonis Philoſophi, earumq. uſu et auctoritate lib. ſing. cum animadverſion. D. *Car. Frid.* ZEPERNICK. *Halae* 1779. 8. Cap. I. §. 5. und ZEPERNICK Praetermiſſa de vita, reb. geſtis, et conſtitut. in primis Novellis Leonis Sap. Sect. III. §. 13.

10) S. ZEPERNICK ad Beckii lib. de Novellis Leonis pag. 58. et 328. ſeqq.

§. 65.

Heutiger Gebrauch derſelben.

Ob übrigens den Novellen des Kaiſers Leo eine geſezliche Kraft in Teutſchland beyzulegen ſey, iſt eine Frage, worüber die Urtheile der heutigen Civiliſten nicht mit einander übereinſtimmen [11]). Ich meines Theils trage kein Bedenken, auf die Seite der verneinenden Parthey zu treten. Denn prüft man die Gründe, aus welchen einige Rechtsgelehrte verleitet worden ſind, jenen Novellen ein legales Anſehen in Teutſchland zuzueignen, ſo wird man finden, daß ein offenbarer Trugſchluß hierbey zum Grunde liegt. Weil ſie gefunden, daß in unſern Gerichten das nämliche, was dieſe und jene Verordnung des Kaiſers Leo enthält, gleichfalls beobachtet wird, ſo glauben ſie, hieraus die in Teutſchland geſchehene Aufnahme jener Novellen folgern zu können;

11) Unter denen, welche für den heutigen Gebauch der Novellen des Kaiſers Leo ſtreiten, hat ſich *Caſpar Achat.* BECK am meiſten ausgezeichnet, deſſen ſehr gelehrte Abhandlung de Novellis Leonis earumque uſu et auctoritate beſonders nach der neueſten Ausgabe, Halle 1779. 8. die durch die vortrefflichen Bemerkungen und eignen Abhandlungen des gelehrten Herrn Directors Zeperniek einen ſo vorzüglichen Werth erhalten, daß ſie zu den claſſiſchen Schriften der eleganten Rechtsgelahrtheit allerdings zu zählen iſt, ſchon mehrmalen bisher angeführt worden. Allein wie wenig überzeugend die von Beck mühſam zuſammengehäuften Gründe ſind, haben der ſel. Aſſeſſ. AGER in Diſſ. de Leonis Philoſ. conſtitutionum Novellarum auctoritate *Lipſiae* 1767. vorzüglich aber der gedachte Herr Dir. D. ZEPERNICK in Coniecturis, quibus ex cauſis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant, beym Beck p. 493—552. gründlichſt dargethan.

nen; — gerade als ob dies nicht aus andern Ursachen geschehen, und folglich aus richtigern Gründen abgeleitet werden könnte. Es läßt sich also daraus so wenig eine allgemeine Reception aller Novellen des Krs Leo, als eine besondere Aufnahme einzelner Verordnungen dieser Art erweisen. Denn wenn, um nur einige Beyspiele hiervon anzuführen, heutiges Tages die Conventionalstrafe bey Verlobungen zugelassen wird, so ist der Grund davon keinesweges in der Aufnahme der Novellae XVIII. Leonis zu setzen, sondern weil die Gründe, aus welchen das Justinianeische Recht den Anhang einer solchen Strafe bey Verlobungen für ungültig erklärt, in Teutschland gänzlich wegfallen, und daher selbige nach den Sitten der Teutschen von jeher für verbindlich gehalten worden ist [12]), zumahl hiermit auch die Vorschriften des kanonischen Rechts [13]) übereinstimmen, als nach welchen eine Conventionalstrafe nur bey den Verlobungen der Unmündigen für unverbindlich erkläret wird. Eben so vergeblich leitet man die heutige Gültigkeit der Erbverträge von der Reception der Nov. Leonis XIX. ab; da solche doch bekanntermassen bey den Teutschen schon längst vor Einführung des römischen Rechts üblich gewesen, und für

12) Dies beweisen die Beyspiele, die man schon vorher bey den Teutschen von solchen den Eheverlöbnissen angehängten Conventionalstrafen findet, ehe einmahl die Novellen des Krs Leo in Teutschland bekannt worden sind, welche *Io. Aug.* HELLFELD in Diss. de effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae *Ienae* 1760. §. XXIX. und Dir. ZEPERNICK in den angeführten Coniecturis Cap. I. § XIV. p. 483. seqq. gesammlet haben.

13) *cap.* 29. *X. de sponsal.*

verbindlich gehalten worden sind.[14]). Ich übergehe mehrere Beyspiele, und bemerke nur noch, daß so wenig das Ansehen der so genannten pragmatischen Juristen, als die Urtheile und Entscheidungen einiger Gerichtshöfe, welche diese oder jene Novelle des Krs Leo, vielleicht aus bloßem Irrthum, angeführt haben, gegen die in Teutschland angenommene Regel: quidquid non agnoscit glossa, illud non agnoscit curia, welche diesen Novellen alles legale Ansehen in den Gerichten schlechterdings abspricht, etwas gelten können. Ja ich zweifle sogar noch, ob diese Novellen zur Erklärung des wirklich geltenden Justinianeischen Rechts überall denjenigen theoretischen Nutzen haben möchten, welchen ihnen doch wenigstens selbst diejenigen Rechtsgelehrten beylegen wollen, die übrigens die verbindende Kraft derselben gänzlich läugnen[15]). Denn wie wenig es dem K. Leo mit aller seiner Philosophie geglückt habe, in den Geist derjenigen römischen Verordnungen einzudringen, die er in seinen Novellen hat reformiren wollen, wie unbillig daher oft sein Tadel, und wie unnöthig und grundlos oft seine Abänderungen des Civilrechts sind, kann niemanden unbekannt seyn, der mit Aufmerksamkeit diese Novellen gelesen hat[16]). Eben dieses ist auch von den übrigen Verordnungen der nach-

14) S. ZEPERNICK am angef. O. §. XVI. S. 498. u. folg.

15) GALVANVS de usufructu Cap. XXX. n. IV. p. 377. *edit. Tubingens.* GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. I. cap. 136. HILLIGER in Donello enucleat. Lib. XXVI. c. 2. lit. A. *Chr. God.* HOFFMANN Histor. Iuris. Lib. II. c. 2. §. 7.

16) Der Kürze wegen beziehe ich mich hier wieder auf die Anmerkungen des Herrn Dir. Zepernick zum Beckischen Tractat de Novellis Leonis p. 124. seqq. und Desselben Coniecturas Cap. I. pag. 406. seqq.

nachfolgenden Orientalischen Kaiser zu behaupten, die unter der Aufschrift Imperatoriae Constitutiones zuerst vom Charondas aus des BONEFIDII *iure orientali* den Novellen des Leo beygefügt worden sind [17]).

§. 66.

Postjustinianeisches Recht im Occident.

Nun zuletzt noch ein Wort von den im Occident nach Justinians Zeiten verfaßten Sammlungen römischer Gesetze, welche vorzüglich den von den Barbaren unterjochten occidentalischen Römern zum Gebrauch dienten. Eine solche Sammlung scheint diejenige zu seyn, die erst vor Kurzen Paul Canciani [18]) aus einem Codex der Domkirche zu Udien unter der Aufschrift: Lex romana barbaris regnantibus observata in Italia, ediret hat, und einen Auszug eines Theils des justinianeischen Gesetzbuchs enthält. Besonders aber zieht unsere Aufmerksamkeit eine andere ähnliche Sammlung dieser Art auf sich, welche Heinrich Christ. von Senckenberg unter dem Titel: *Brachylogus iuris civilis*, sive, *Corpus legum paulo post Iustinianum conscriptum*, mit den Anmerkungen Ludwig Pesnots, Parb. Pratejus und Nicol. Reusners zu Frankfurt und Leipzig 1743. 4. edirt hat [19]). Verfasser, Zeitalter, Ort und Veranlassung dieses

17) *Christfr.* WAECHTLER Opuscul. pag. 592. seqq.

18) Barbarorum Leges antiquae cum notis et glossariis Vol. IV. *Venetiis* 1789. f. pag. 461. seqq.

19) Dieser sogenannte Brachylogus erschien zuerst unter dem Titel: *Corpus legum per modum Institutionum ab incerto auctore in compendium redactum. Lugduni* 1543. hernach *Lovanii* 1551. und

meyer [99]), Gerh. Joh. Jacobſon [100]) und Joh. Bernh. Köhler [1]) haben dieſe Gloſſas nomicas hernach noch mehr berichtiget und erläutert.

§. 63.

Heutiger Gebrauch der Baſiliken.

Dieſe Baſiliken, ſo weit ſie auf unſere Zeiten gekommen ſind, haben nun zwar heutiges Tages kein gerichtliches Anſehen, weil ſie in Teutſchland nicht recipirt worden ſind; indeſſen haben doch dieſe Bücher ihren groſen Nutzen bey der Erklärung des in Teutſchland geltenden Juſtinianeiſchen Rechts. Denn mit Hülfe derſelben können nicht nur manche corrupte Stellen emendirt, und recipirte, von Andern aber in Zweifel gezogene, Leſearten beſtärket werden, ſondern man kann auch aus denſelben beurtheilen, ob etwa Gloſſeme durch die Nachläſſigkeit der Abſchreiber in den Text eingeſchlichen ſind, und überhaupt können manche dunkele Stellen in unſerm Römiſchen Geſetzbuche durch die Baſiliken vortreflich illuſtriret werden. Cujacius, der uns zuerſt den Weg zeigte, mit Hülfe jener griechiſchen Ueberbleibſel das juſtinianeiſche Recht zu erklären, und die übrigen Rechtsausleger, die ihm auf dieſem Wege nachgefolget ſind, unter welchen ich vorzüglich einen Abraham Wieling [2]) nenne, haben dieſen Nutzen der Baſiliken durch viele Beyſpiele auſſer allem Zweifel geſezt [3]). Inzwiſchen

99) Epiſt. crit. in gloſſas nomicas Vltraj. 1769.

100) Specim. critic. in gloſſas nomicas. *Daventr.* 1777. 4.

1) Interpretat. et Emendat. iur Rom. Lib. I. cap. 6. et 7.

2) Lectiones iuris civ. *Trajecti ad Rhen.* 1740.

3) Auch ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. I. cap. VII. §. 280—292. und WALCH ad Eundem haben viel Beyſpiele geſammlet.

schen ist auch hier viel Behutsamkeit nöthig. Denn einmahl würde man sich sehr irren, wenn man die Basiliken für ganz fehlerfrey halten wollte. Joh. Wilh. Hoffmann [4]) entdeckte nur allein in der Lehre von der Erbtheilung vierzehen Fehler. Sodann müssen wir immer bedenken, daß die Basiliken erst lange Zeit nach Justinian verfertiget worden, die Verfasser derselben manches aus dem Rechte der spätern Kaiser eingemischt [5]), und daß selbst die Verfasser der griechischen Versionen, aus denen die Bücher der Basiliken sind compiliret worden, viel zu weit von den Zeiten der alten Rechtsgelehrten und römischen Kaiser, deren Gesetze sie interpretirten, entfernt gewesen, als daß wir es ihnen zutrauen dürften, überall den Sinn derselben gehörig gefaßt zu haben [6]). Nicht jede Abweichung der Basiliken

4) Meletemat. ad Pandect. Diss. XI. §. 2. *Basilicorum ope innumera lucem et integritatem acceperunt iuris nostri loca. — Vehementer autem illi falluntur, qui parum aut nihil, quod manum medicam desiderdret, in* Basilicis *post* FABROTTI *diligentiam superesse putant. In una de familia erciscunda tractatione quatuordecim naevos observavi, quos vel librariorum, vel operarum, vel ipsorum veterum interpretum reliquit negligentia.*

5) Beyspiele hiervon haben BYNCKERSHOECK Observ. Iur. Rom. Lib. VIII. c. 17. HOFFMANN Meletemat. ad Pandect. Diss. XXXI. §. 4. und RENAIUS in Notitia Basilicor. *Stricturis ad Iustiniani Cod. et Pandect.* praefixa.

6) Mit Recht sagt daher VOORDA Elect. cap. V. pag 68. *Habet quidem Graecorum auctoritas in constituenda lectione, de qua ambigitur, pondus nonnunquam haud exiguum; sed in indaganda atque exponenda sententia, ubi minime dubia lectio est, nihilo unquam plus valet, quam cuiuslibet interpretis alius. Vide-*

von dem Text des Justinianeischen Rechts darf uns demnach berechtigen, gleich eine Aenderung in den Gesetzen unsers corporis iuris civilis vorzunehmen; nein, es muß offenbar seyn, daß die Stelle des justinianeischen Rechts corrupt sey, wenn sie aus den Basiliken emendiret werden soll [7]). Dahero ich den Ausspruch eines berühmten holländischen Rechtsgelehrten [8]) zu unterschreiben kein Bedenken trage, welcher sagte: *ex Basilicis quidquam temere latino textui obtrudendum haud esse.* Eben dieses ist auch bey den übrigen auf unsere Zeiten gekommenen kleinern griechischen Rechtsbüchern und Schriften der griechischen Rechtsgelehrten zu erinnern, welche unter den Namen *Synopses*, *Epitomae*, *Ecclogae* und *Promtuaria* bekannt, und größtentheils aus den Basiliken excerpirt worden sind, obwohl auch hieraus mancher Nutzen zur Aufklärung des römischen Rechts geschöpft werden kann.

§. 64.

Videre illi potuerunt, atque significare etiam, quemadmodum scriptum fuerit in codicibus procul dubio emendatis maxime, certe antiquissimis; quo vero sensu quodque fuerit scriptum non magis potuerunt perspicere, quam qui uixerunt postea. Hinc tot eorum in reddendis Veterum sententiis errores, ab aliis deinde animadversi ac notati.

7) WALCH ad Eckhardi Hermenevt. iuris. pag. 548. seqq. Von dem Gebrauch dieser griechischen Rechtsüberbleibsel hat auch Herr Prof. PÜTTMANN in Diss. de querela inoffic. testam. fratribus uterinis haud concedenda Cap. III. ein sehr gründliches Urtheil gefällt.

8) *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. lection. iuris civ. pag. 81.

§. 64.

Novellen des K. Leo.

Äuſſer den Baſiliken hat K. **Leo** noch viele neue Verordnungen gemacht, welche unter der Aufſchrift Imp. LEONIS *Novellae Conſtitutiones, aut correctoriae Legum repurgationes* einen nicht unbeträchtlichen Anhang des Römiſchen Geſetzbuchs ausmachen. Sie ſind wahrſcheinlich zwiſchen den Jahren 887. und 893. vom Kr. **Leo** ſelbſt aufgeſezt, jedoch nicht einzeln, ſondern alle zugleich und auf einmahl in derjenigen Sammlung bekannt gemacht worden, welche wir von ihnen haben [9]). Dieſe Sammlung beſteht aus 113. Novellen, man hat jedoch in neuern Zeiten in verſchiedenen Bibliotheken, als in der **Wiener**, **Uffenbachiſchen**, und der des Ant. **Auguſtinus** noch manche nicht gedruckte Novellen des Kr. **Leo** entdeckt, welche in unſerer heutigen Sammlung nicht befindlich ſind [10]). Heinrich **Scrimger** gab die Novellen des K. **Leo** zuerſt in ihrer griechiſchen Urſprache 1558. heraus. Heinrich **Agyläus** überſezte ſie hierauf ins lateiniſche 1560. Von der Zeit an ſind ſie auch dem Römiſchen Corpori iuris angehängt worden, und die erſte Ausgabe, in welcher ſie nach der Verſion des **Agyläus** anzutreffen ſind, ſcheint diejenige zu ſeyn, welche zu **Lyon** 1562. in Folio, wahrſcheinlich durch die Beſorgung des **Hugo a Porta** herausgekommen iſt.

9) S. *Caſp. Achat.* BECK de Novellis Leonis Philoſophi, earumq. uſu et auctoritate lib. ſing. cum animadverſion. D. *Car. Frid.* ZEPERNICK. *Halae* 1779. 8. Cap. I. §. 5. und ZEPERNICK Praetermiſſa de vita, reb. geſtis, et conſtitut. in primis Novellis Leonis Sap. Sect. III. §. 13.

10) S. ZEPERNICK ad Beckii lib. de Novellis Leonis pag. 58. et 328. ſeqq.

§. 65.

Heutiger Gebrauch derselben.

Ob übrigens den Novellen des Kaisers Leo eine gesetzliche Kraft in Teutschland beyzulegen sey, ist eine Frage, worüber die Urtheile der heutigen Civilisten nicht mit einander übereinstimmen [11]). Ich meines Theils trage kein Bedenken, auf die Seite der verneinenden Parthey zu treten. Denn prüft man die Gründe, aus welchen einige Rechtsgelehrte verleitet worden sind, jenen Novellen ein legales Ansehen in Teutschland zuzueignen, so wird man finden, daß ein offenbarer Trugschluß hierbey zum Grunde liegt. Weil sie gefunden, daß in unsern Gerichten das nämliche, was diese und jene Verordnung des Kaisers Leo enthält, gleichfalls beobachtet wird, so glauben sie, hieraus die in Teutschland geschehene Aufnahme jener Novellen folgern zu können;

11) Unter denen, welche für den heutigen Gebrauch der Novellen des Kaisers Leo streiten, hat sich *Caspar Achat.* BECK am meisten ausgezeichnet, dessen sehr gelehrte Abhandlung de Novellis Leonis earumque usu et auctoritate besonders nach der neuesten Ausgabe, Halle 1779. 8. die durch die vortrefflichen Bemerkungen und eignen Abhandlungen des gelehrten Herrn Directors Zepernick einen so vorzüglichen Werth erhalten, daß sie zu den classischen Schriften der eleganten Rechtsgelahrtheit allerdings zu zählen ist, schon mehrmalen bisher angeführt worden. Allein wie wenig überzeugend die von Beck mühsam zusammengehäuften Gründe sind, haben der sel. Assess. BERGER in Diss. de Leonis Philos. constitutionum Novellarum auctoritate *Lipsiae* 1767. vorzüglich aber der gedachte Herr Dir. D. ZEPERNICK in Coniecturis, quibus ex causis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant, beym Beck p. 493—552. gründlichst dargethan.

nen; — gerade als ob dies nicht aus andern Ursachen geschehen, und folglich aus richtigern Gründen abgeleitet werden könnte. Es läßt sich also daraus so wenig eine allgemeine Reception aller Novellen des Krs Leo, als eine besondere Aufnahme einzelner Verordnungen dieser Art erweisen. Denn wenn, um nur einige Beyspiele hiervon anzuführen, heutiges Tages die Conventionalstrafe bey Verlobungen zugelassen wird, so ist der Grund davon keinesweges in der Aufnahme der Novellae XVIII. Leonis zu setzen, sondern weil die Gründe, aus welchen das Justinianeische Recht den Anhang einer solchen Strafe bey Verlobungen für ungültig erklärt, in Teutschland gänzlich wegfallen, und daher selbige nach den Sitten der Teutschen von jeher für verbindlich gehalten worden ist [12]), zumahl hiermit auch die Vorschriften des kanonischen Rechts [13]) übereinstimmen, als nach welchen eine Conventionalstrafe nur bey den Verlobungen der Unmündigen für unverbindlich erkläret wird. Eben so vergeblich leitet man die heutige Gültigkeit der Erbverträge von der Reception der Nov. Leonis XIX. ab; da solche doch bekanntermassen bey den Teutschen schon längst vor Einführung des römischen Rechts üblich gewesen, und für

12) Dies beweisen die Beyspiele, die man schon vorher bey den Teutschen von solchen den Eheverlöbnissen angehängten Conventionalstrafen findet, ehe einmahl die Novellen des Krs Leo in Teutschland bekannt worden sind, welche *Io. Aug.* HELLFELD in Diss. de effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae *Ienae* 1760. §. XXIX. und Dir. ZEPERNICK in den angeführten Coniecturis Cap. I. § XIV. p. 483. seqq. gesammlet haben.

13) *cap.* 29. *X. de sponsal.*

verbindlich gehalten worden sind.[14]). Ich übergehe mehrere Beyspiele, und bemerke nur noch, daß so wenig das Ansehen der so genannten pragmatischen Juristen, als die Urtheile und Entscheidungen einiger Gerichtshöfe, welche diese oder jene Novelle des Krs Leo, vielleicht aus blosem Irrthum, angeführt haben, gegen die in Teutschland angenommene Regel: quidquid non agnoscit glossa, illud non agnoscit curia, welche diesen Novellen alles legale Ansehen in den Gerichten schlechterdings abspricht, etwas gelten können. Ja ich zweifle sogar noch, ob diese Novellen zur Erklärung des wirklich geltenden Justinianeischen Rechts überall denjenigen theoretischen Nutzen haben möchten, welchen ihnen doch wenigstens selbst diejenigen Rechtsgelehrten beylegen wollen, die übrigens die verbindende Kraft derselben gänzlich läugnen[15]). Denn wie wenig es dem K. Leo mit aller seiner Philosophie geglückt habe, in den Geist derjenigen römischen Verordnungen einzudringen, die er in seinen Novellen hat reformiren wollen, wie unbillig daher oft sein Tadel, und wie unnöthig und grundlos oft seine Abänderungen des Civilrechts sind, kann niemanden unbekannt seyn, der mit Aufmerksamkeit diese Novellen gelesen hat[16]). Eben dieses ist auch von den übrigen Verordnungen der nach-

14) S. ZEPERNICK am angef. O. §. XVI. S. 498. u. folg.

15) GALVANVS de usufructu Cap. XXX. n. IV. p. 377. *edit. Tubingens.* GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. I. cap. 136. HILLIGER in Donello enucleat. Lib. XXVI. c. 2. lit. A. *Chr. God.* HOFFMANN Histor. Iuris. Lib. II. c. 2. §. 7.

16) Der Kürze wegen beziehe ich mich hier wieder auf die Anmerkungen des Herrn Dir. Zepernick zum Beckischen Tractat de Novellis Leonis p. 124. seqq. und Desselben Coniecturas Cap. I. pag. 406. seqq.

nachfolgenden Orientaliſchen Kaiſer zu behaupten, die unter der Aufſchrift Imperatoriae Conſtitutiones zuerſt vom Charondas aus des BONEFIDII *iure orientali* den Novellen des Leo beygefügt worden ſind [17]).

§. 66.

Poſtjuſtinianeiſches Recht im Occident.

Nun zuleze noch ein Wort von den im Occident nach Juſtinians Zeiten verfaßten Sammlungen römiſcher Geſeze, welche vorzüglich den von den Barbaren unterjochten occidentaliſchen Römern zum Gebrauch dienten. Eine ſolche Sammlung ſcheint diejenige zu ſeyn, die erſt vor Kurzen Paul Canciani [18]) aus einem Codex der Domkirche zu Udien unter der Aufſchrift: Lex romana barbaris regnantibus obſervata in Italia, ediret hat, und einen Auszug eines Theils des juſtinianeiſchen Geſezbuchs enthält. Beſonders aber zieht unſere Aufmerkſamkeit eine andere ähnliche Sammlung dieſer Art auf ſich, welche Heinrich Chriſt. von Senckenberg unter dem Titel: *Brachylogus iuris civilis*, ſive, *Corpus legum paulo poſt Iuſtinianum conſcriptum*, mit den Anmerkungen Ludwig Pesnots, Parb. Pratejus und Nicol. Reusners zu Frankfurt und Leipzig 1743. 4. edirt hat [19]). Verfaſſer, Zeitalter, Ort und Veranlaſſung dieſes

17) *Chriſtfr.* WAECHTLER Opuſcul. pag. 592. ſeqq.

18) Barbarorum Leges antiquae cum notis et gloſſariis Vol. IV. *Venetiis* 1789. f. pag. 461. ſeqq.

19) Dieſer ſogenannte Brachylogus erſchien zuerſt unter dem Titel: *Corpus legum per modum Inſtitutionum ab incerto auctore in compendium redactum. Lugduni* 1543. hernach *Lovanii* 1551. und

ses Buchs sind völlig unbekannt. Senkenberg sezte es dem Alter nach wenigstens in die Zeiten K. Justinus II. und schrieb ihm dem Inhalte nach sogar grössere Vollständigkeit, als dem justinianeischen Gesetzbuche selbst zu; allein die Beweise für diese Meinung sind nicht überzeugend [30]). Daß inzwischen dennoch diesem Brachylog, so wie der vorhingedachten Lex Romana der theoretische Nutzen nicht abgesprochen werden kann, hat keinen Zweifel, daher selbige wenigstens in dieser Rücksicht anzuführen gewesen sind.

B.

Vom Canonischen Rechte.

§. 67.

Begriff und heutige Gültigkeit desselben.

Unter den in Teutschland geltenden fremden Rechten, die wir als Quellen unserer heutigen Privatrechtsgelahrtheit anzusehen haben, behauptet nun auch noch insonderheit das **Canonische Recht** seinen Platz, welches hier den Inbegriff der in dem Corpore iuris canonici enthaltenen Kirchlichen und Päbstlichen Verordnungen bezeichnet. Die vorhergegangenen Sammlungen des ältern canonischen Rechts

und steht auch Vol. V. des *Corporis iuris Rom.* welches bey den Gebrüdern *Sennetons*, *Lugduni* 1549. u. 50. herausgekommen ist. S. *Christ.* SAX in Onomast. litterar. P. II. pag. 537. und *Andr. Guil.* CRAMER Dispunctionum iur. civ. lib. sing. Cap. XII.

30) S. PÜTTMANN Miscellaneor. ad ius pertinentium Specim. II. Cap. 7.

Rechts [21]) betrachten wir also in dieser Hinsicht nur als Hülfsmittel zur Geschichte und Erklärung desselben. Daß nun dieses canonische Recht [22]) eine allgemeine verbindliche Kraft in Teutschland habe [23]), und eben so gut, wie das Justinianeische Recht, in den teutschen Reichsgesetzen theils ausdrücklich und namentlich [24]), theils stillschweigend unter dem allgemeinen Ausdruck der gemeinen Rechte bestättiget worden [25]), ist eine Wahrheit, die wohl billig zu den völlig ausgemachten und daher ganz unbestrittenen gehört; so wie es denn überhaupt auch eben so bekannt ist, daß sich das päbstliche Recht noch nach der Reformation selbst unter den Protestanten im beständigen Werthe und Ansehen erhalten habe, so sehr sich auch Luther bemühete, dasselbe aus den evangelischen Gerichten gänzlich zu verdringen und auszurotten [26]). Allein wenn die Frage ist, wie weit

21) Von diesen habe ich umständlich gehandelt in meinen Praecognit. Iurispr. Eccles. Cap. III. Sect. II. §. 170. seqq.

22) Eine Notiz von dem ganzen canonischen Gesetzbuche habe ich in meinen vorhin gedachten Praecognitis p. 31—91. gegeben.

23) S. Pütters Abhandl. wie das päbstl. canonische Recht in Teutschland aufgekommen? in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Theil (Göttingen 1770.) N. XXV. S. 53. und *Iof. Ant.* RIEGGER Diss. de receptione corporis iuris canonici in Germania; in Desselben *Opusculis ad Histor. et Iurisprud. praecipue eccleſiaſt. pertinent.* Friburgi. 1773. *p.* 197. seqq.

24) Reichshofraths-Ordnung Tit. 7. §. 24.

25) Kaiserl. Kammergerichts-Ordnung Th. I. Tit. 71. Neuester Reichsabschied §. 105.

26) Die Gründe, warum die gänzliche Abschaffung des canonischen und päbstlichen Rechts bey der Reformation nicht möglich

weit das canonische Recht in den teutschen, und besonders evangelischen Gerichten gelte? so finden wir hierin eine grosse Verschiedenheit in den Meinungen der Rechtsgelehrten, indem einige den Gebrauch des canonischen Rechts blos auf einzelne Materien einschränken, andere hingegen denselben durch gewisse Regeln zu bestimmen suchen. Um mich jedoch hierüber kurz fassen zu können, so will ich mich auf die unten angeführten [27]) Schriften beziehen, worin man die verschiedenen Meinungen geprüft finden wird, und gleich mit wenigen Worten meine Meinung sagen, welche in folgendem Satze enthalten ist: das canonische Recht hat in soweit noch heutiges Tages in Teutschland eine unstreitige Gültigkeit, als die darin enthaltenen Vorschriften nicht andern in Teutschland geltenden Gesetzen, welche diesem Rechte vorzuziehen, zuwider sind, und selbige überhaupt mit der heutigen Verfassung Teutschlands und dem Zu-

lich gewesen, habe ich in meinen angeführten Praecognitis p. 332. seqq. angeführt.

27) Ich will unter den hierher gehörigen genugsam bekannten Schriften vorzüglich des sel. Canzlers Just. Henning Böhmer beyde Abhandlungen 1) de praxi iuris canonici in terris protestantium *Halae* 1712. 2) de media via in studio et applicatione iuris canonici inter Protestantes tenenda, in EIUS *Exercitat. ad Pandect.* T. I. p. 344. und das neueste Programm meines unvergeßlichen Freundes des sel. Hofraths Schott de auctoritate iuris canonici inter evangelicos recepti eiusque usu apte moderando. *Erlangae* 1781. empfohlen haben. Man sehe auch H. Prof. *Emminghaus* ad COCCEJI ius civ. controv. in Prolegom. Qu. 7. Not. d. et e.

Zustande der teutschen, insbesondere aber der protestantischen Kirche, bestehen können[28]). Daß nach dieser Regel das canonische Recht heutiges Tages nicht mehr in allen Stücken diejenige Gültigkeit behaupten könne, die dasselbe anfangs und bey der Einführung desselben in Teutschland gehabt, ist ausser allem Zweifel, wenn man bedenkt, wie sehr seit der Zeit die Verhältnisse der päbstlichen zur weltlichen Macht sich verändert, und was seit der Reformation der Zustand der teutschen Kirche, als welche von dieser Zeit an sich in zwey Hauptpartheyen, die catholische und protestantische, theilt, für eine grosse Veränderung erlitten hat. Es ist demnach ganz natürlich, daß durch die Reformation schon an und für sich alle diejenigen Gesetze des canonischen Gesetzbuches soweit ihre Gültigkeit verlohren haben, als dieselben mit dem Zustande der durch die Reformation entstandenen neuen protestantischen Kirche nicht bestehen können. Da aber dieser Zustand der protestantischen Kirche theils aus der Verschiedenheit der Religion selbst, theils aus der Verschiedenheit der innern Verfassung dieser Kirche von der katholischen Kirchenhierarchie entsteht: so erhellet hieraus, daß alle die im canonischen Rechte enthaltenen Gesetze mit dem Zustande der protestantischen Kirche nicht bestehen können, welche entweder den Grundsätzen der protestantischen Religion oder der innern Verfassung dieser Kirche entgegen sind. Wie nothwendig ist es demnach nicht, daß man sich

28) Man sehe hier vorzüglich Rettelbladts Abhandlung von den wahren Gründen des protestantischen Kirchenrechts. §. 6. und Desselben Systema elem. iurispr. positivae Germ. §. 179. p. 101.

ſich einen richtigen Begriff von dem heutigen Zuſtande, ſo wohl der evangeliſchen als der catholiſchen Kirche mache, daß man ferner eine genaue Kenntniß der verſchiedenen Lehrſätze der catholiſchen und proteſtantiſchen Theologie habe, und überall das canoniſche Recht aus ſeinen rechten Gründen herleite, um heutiges Tages bey der ſo groſſen Verſchiedenheit unſerer Zeiten von jenen, aus welchen das canoniſche Geſezbuch herrührt, keinen unrichtigen Gebrauch davon zu machen [29])? Auch ſelbſt unter den Katholiken hat das canoniſche Recht viel von ſeiner Gültigkeit verlohren, und kann daher nicht anders als mit groſer Behutſamkeit unter denſelben angewendet werden, indem nicht nur das Tridentiniſche Concilium und andere neuere bey ihnen geltende Geſetze beträchtliche Abänderungen deſſelben enthalten, ſondern auch das ganz im Tone einer allgemeinen und oberſten geiſtlichen Macht von den Päbſten abgefaßte canoniſche Geſezbuch durchaus nicht mit dem heutiges Tages herrſchenden Epiſcopalſyſtem beſtehen kann. Nicht zu gedenken, daß die heutige durch den Religions- und Weſtphäliſchen Frieden feſtgeſtellte Verfaſſung des teutſchen Reichs, und die Reichsgeſezmäſige Beſtimmung der Grenzen zwiſchen der geiſtlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit viele Verordnungen des canoniſchen Rechts ganz unanwendbar macht [30]). Daß übrigens durch das canoniſche Recht in den

29) S. *Io. Heinr. de* BERGER Progr. de genuino iuris canonici uſu; ſeu de ſumma circumſpectione et cautione in legendo iure canonico eiusque Interpretibus doctori Proteſtantium adhibenda. *Viteb.* 1706. und in Deſſelben *Philocalia fori*, p. 173. auch meine Praecognita iuris Eccleſ. p. 82. ſeq.

30) So z. B. iſt es ein Grundſatz des canoniſchen Rechts, daß cauſae iuramentorum vor die geiſtliche Gerichtsbarkeit gehören,

c. 34.

den Materien des römischen Civilrechts manche wichtige Veränderungen gemacht worden sind, ist zwar überhaupt bekannt genug; nur dürfen wir hierin nicht allzuvoreilig seyn, und gleich eine jede päbstliche Verordnung, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts nicht übereinzustimmen scheint, für eine Abänderung des leztern halten, indem die Päbste zuweilen nur eine locale Gewohnheit bestätiget, oder zum Grunde ihrer Entscheidung genommen haben [31]). Es ist auch unläugbar, daß manche Irrthümer aus der Glosse des römischen Rechts in die Decretalen geflossen sind [32]). In wiefern nun in solchen Fällen, da das canonische

c. 34. *X. de Elect. c.* 8. *X. de arbitris, c.* 13. *X. de iudic. c. fin. de foro compet.* in *6to* und nur die Päbste allein glaubten als Christi Vicarien berechtigt zu seyn, von der Verbindlichkeit der Eide loszusprechen, und überhaupt über die Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben zu urtheilen. *c.* 34. *X. de elect.* Daß die Päbste dieser Grundsätze blos als Nahrungsmittel ihrer Herrschsucht über Monarchen und Unterthanen sich bedient, sahen Fürsten und Laien schon in jenen finstern Zeiten ein, und heutiges Tages zweifeln weder Catholiken noch Protestanten mehr daran, daß der ordentliche Richter, vor welchem der Rechtsstreit schwebt, er sey ein geist- oder weltlicher, über einen Eyd erkennen, und ihn aus rechtmäßiger Ursach für nichtig erklären könne. S. MALBLANC doctrina de iureiurando Lib. V. cap. II. §. 123. und ZYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 394. Not. i. pag. 444.

31) Beyspiele davon geben *c.* 10. und 13. *X. de testament.* weshalb *Phil.* HEDDERICH Dissertat. iuris eccles. germ. Vol. I. *Bonnae* 1783. 4. p. 69. seqq. und meine Opuscula Fascic. I. pag. 145. seqq. nachgesehen werden können.

32) S. ECKHARD Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. VIII. §. 339. seqq. und WALCH in notis ad Eundem.

sche und römische Gesezbuch sich in ihren Vorschriften widersprechen, das eine vor den andern den Vorzug behaupte, werde ich weiter unten bestimmen, wenn ich auf die Ordnung komme, in welcher die in Teutschland vorhandenen mancherley Privatgesetze bey ihrer Anwendung auf einander folgen.

2. Abschnitt.

von

den in Teutschland geltenden einheimischen Gesetzen, welche wir als Quellen der bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrsamkeit anzusehen haben.

---

§. 68.

Eintheilung der teutschen Gesetze in alte, mittlere und neue.

Wir schreiten nun zur zweiten Hauptclasse von Quellen unserer bürgerlichen oder Privatrechtsgelehrsamkeit, welche die in Teutschland geltenden **einheimischen Gesetze** ausmachen. Auch hier würde es ganz wider meine Absicht seyn, wenn ich mich in eine umständliche historische Entwickelung des Ursprungs und Schicksale dieser Gesetze einlassen wollte, da ich die Kenntnis der Rechtshistorie bey meinen Lesern billig voraussetzen kann [33]). Es ist mir also zu meinem Zweck

33) Zum Ueberfluß empfehle ich hierbey SILBERRAD ad Heineccii histor. jur. germ. **Heumanns Geist der Gesetze der Teutschen, Fischers Litteratur, und Geschichte des teutschen Rechts,** de SENCKENBERG Visiones de collecti-

Zweck hinreichend, die teutschen Gesetze nur lediglich in Rücksicht ihres heutigen Gebrauchs in die alten, mittlern und neuen einzutheilen. Zu den teutschen Gesetzen der erstern Art rechne ich theils die Gesetze der alten teutschen Völker, die Salischen, Ripuarischen, Alemannischen, Bayerschen, Friesischen, Sächsischen u. s. w. (Autor §. 76.) welche ausser Herold, Lindenbrog und Georgisch, neuerlich Paul Canciani [34]) wieder herausgegeben; theils die Capitularien der Fränkischen Könige, wovon Stephan Baluze [35]) unstreitig die beste und richtigste Ausgabe geliefert, und von welcher zu Paris durch Peter von Chiniac eine neue vermehrte und verbesserte Auflage besorgt worden [36]). Die Gesetze des mittlern Alters sind vorzüglich in den zu diesen Zeiten erschienenen Sammlungen, nämlich dem Sachsenspiegel, Schwabenspiegel,

lectionibus Legum germanicarum, und besonders Hrn. Professors D. *Christ. Gottl.* BIENER Commentarii de origine et progressu Legum iuriumque germanicor. P. I. Lipsiae 1787. et P. II. *Lipsi.* 1790. 8.

34) Barbarorum leges antiquae cum notis et glossariis. Accedunt formularum fasciculi et selectae constitutiones medii aevi. Collegit, plura notis et animadversionibus illustravit, monumentis quoq. ineditis exornavit *F. Paul* CANCIANI *ord. Serv. B. Mariae Virg. S. T. D.* Vol. I. *Venetiis* 1781. Vol. II. 1783. Vol. III. 1785. Vol. IV. 1789. Fol.

35) Capitularia Regum Francorum. Additae sunt Marculfi Mon. et aliorum formulae veteres et notae doctiss. viror. *Steph.* BALUZIUS in unum collegit, notis et indice illustravit. Paris 1677. Venet. 1772. 1773.

36) *Lutetiae Parif.* 1780. Fol.

gel, Kaiserrechte u. s. w. enthalten [37]). Endlich die seit der öffentlichen Einführung des römischen Rechts bis auf unsere Zeiten erschienene teutsche Privat-Gesetze gehören zur dritten Classe, nämlich zu den neuen teutschen Privatgesetzen. Z. B. die im Jahr 1512. publicirte Notariatsordnung Maximilians I. K. Carls V. Edict von der Erbfolge der Bruderskinder de 1529. Desselben Polizeyordnung vom Jahr 1530. Ferner die unter K. Rudolph II. im Jahr 1577. reformirte Polizeyordnung, der sogenannte jüngste Reichsabschied vom Jahr 1654. Desgleichen der bekannte Reichsschluß von Abschaffung der Mißbräuche bey Handwerkern, welcher am 16. August 1731. bekannt gemacht, und im Jahr 1772. erneuert und mit neuen Bestimmungen vermehret worden u. s. w. [38]).

§. 69.

Vom heutigen Gebrauch der alten und mittlern teutschen Rechte.

Ob nun wohl jene alten und mittleren teutschen Rechte, soviel deren heutigen Gebrauch anbetrift, zur Aufklärung des heutigen teutschen Rechts in solchen Geschäften, welche blos aus teutschen Sitten und Verfassungen ihren Ursprung herleiten, und aus denselben zu entscheiden sind, aller-

37) S. *de* SENCKENBERG et *de* KOENIGSTHAL Corpus iuris germ. publici et privati.

38) Siehe Neue Sammlung der Reisabschiede sammt den wichtigsten Reichsschlüssen T. I—IV. Frankf. 1747. Fol.

allerdings ihren grosen Nutzen haben [39]), indem hier, ohne die gröste Verwirrung zu veranlassen, die Grundsätze des römischen Rechts nicht angewendet werden können (§. 60.); so läßt sich doch deshalb eine allgemeine und unstreitige Gültigkeit derselben heutiges Tages nicht erweisen, da eines Theils noch vielen Zweifeln unterworfen ist, ob selbige ehedem in Teutschland wirklich so allgemein eingeführt gewesen, als vorgegeben wird, indem es vielmehr an allgemeinen Gesetzen im teutschen Privatrechte, auch von ältern Zeiten her, fast gänzlich mangelt [40]); andern Theils aber, wenn auch ein solches allgemeines teutsches Recht in den ältern Zeiten als erwiesen angenommen werden könnte, dennoch in den neuern Zeiten, und zwar schon seit mehrern Jahrhunderten her das Römische und andere gemeine Rechte einen solchen Eingang in Teutschland gefunden haben, daß sie nunmehr unstreitig zur gesezmäsigen Richtschnur dienen, mithin es heutiges Tages immer quaestio facti ist, ob eine dergleichen Gewohnheit des alten und mittlern teutschen Rechts, als man anführt, sich bis auf den heutigen Tag wirklich erhalten habe, welches daher nicht vermuthet werden kann, sondern von demjenigen, welcher es behauptet,

39) David Georg Strubens Abhandlung von dem Mißbrauch und guten Gebrauch der alten teutschen Rechte, in Desselben Nebenstunden V. Theil S. 1—82.

40) *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Progr. de praeiudicio iuris germ. in causis privatis Frfti 1750. und *Frid Henr.* MYLII Diss. de genuino iuris germ. univ. hodierni civilis conceptu. Lipf 1751. auch Desselben Diss. de iure consuetudinario universali Germaniae medii aevi. Lipf. 1756.

bewieſen werden muß [41]). Nicht zu gedenken, daß überhaupt die noch heutiges Tages vorhandenen Sammlungen alter teutſcher Rechte und Gewohnheiten meiſt Privatwerke ſind, welche auch nie durch kaiſerliche Verordnungen eine allgemein verbindende geſetzliche Kraft erhalten haben; daher ihrer auch weder in der Cammergerichts- noch Reichshofrathsordnung unter den heutigen Rechten, wornach geſprochen werden ſoll, Erwähnung geſchiehet. Hieraus ergiebt ſich alſo die Regel, welche heutiges Tages nicht nur von den bewährteſten teutſchen Rechtsgelehrten [42]) angenommen,

41) S. Tafinger über die Beſtimmung des Bezirks der Analogie des teutſchen Privatrechts 1. Th. §. 31. ff. S. 101. fgg. Verſchiedene Rechtsgelehrte wollen zwar das Gegentheil behaupten, weil die Abſchaffung eingeführter Gewohnheiten nicht zu vermuthen, z. B. Herr von Senkenberg in den Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauche des uralten teutſchen Rechts. Kap. 3. §. 13. und Hr. Prof. Fiſcher in ſeiner Litteratur des germaniſchen Rechts §. 168. und in ſ. Entwurfe einer Geſchichte des teutſchen Rechts §. 28. Allein Hr. Prof. D. KIND in Progr. de Speculi Saxonici uſu et auctoritate Lipſiae 1783. §. IV. u. folg. und beſonders der Hofgerichts-Aſſeſſor Danz im Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 1. Band §. 39. S. 123. ff. haben dieſe Meinung gründlich widerlegt.

42) CARPZOV P. II. Conſt. 35. def. 8. n. 4. RICHTER Deciſ. 28. n. 15. SCHILTER Praxi Iur. Rom Ex. I § 13. *Io Nic.* HERTIUS Diſſ. de conſult. legib. et iudic. in ſpecial. rom. germ. imp. rebuspubl. §. XV. STRYCK praefat. Uſ. Mod. Pand. §. XXVII. *Io.* WERLHOF Spec. I. de iure germanis patrio p. 182. ſeq. *de* LUDOLF Obſervat. forens P. III. Obſ. 222. p. 426. Pütter in Rechtsfällen I. Band. S. 157. und II. Band S. 202. *de* SELCHOW Elem. iuris germ. privati hodierni §. 36.

Nun-

nommen, sondern auch selbst im teutschen Gerichtsgebrauche [43]), ja selbst bey den höchsten Reichsgerichten [44]) eingeführt ist, daß die ursprünglich teutschen Rechte und Gewohnheiten des alten und mittlern Zeitalters nur in so weit heutiges Tages mit Grunde angeführet werden können, so fern erweislich ist, daß solche in dem Lande oder in der Stadt oder Familie, wovon die Rede ist, bis auf den heutigen Tag durch Statuten, Verträge, oder Herkommen beybehalten worden.

§. 70.

Von der Gültigkeit und Erklärung der neuen teutschen Privatgesetze. Erläuterung der Regel: *Statuta interpretanda sunt ex iure communi.*

Die neuern teutschen Privatgesetze sind in Ansehung ihrer Gültigkeit von zweyerley Art, gemeine, nämlich Reichsprivatgesetze, und teutsche Particulargesetze, nämlich Landes- und Stadtgesetze. Wir bemerken hiervon folgendes:

Rundens Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 20. u. 39. und Danz in dem angef. Handbuche 1. Th. S. 66. u. 132.

43) *Aug.* a LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. XII. pag 365. seqq. und pag. 422. seqq. *Ferd. Aug.* HOMMEL Diss. de proëdria Legum Iustinianearum prae iure patrio antiquo in foris Germanorum. Lipsiae 1739. und die in voriger Note angeführte Pragmatiker bestärken diesen Gerichtsgebrauch durch die von ihnen angeführten vielen Beyspiele.

44) S. *Io. Ulr. L. B. de* CRAMER Observat. iur. univ. T. I. Obs. 422.

1) Wenn ein teutsches Reichs- oder particuläres Landesgesetz oder Statut gewisse Verordnungen der gemeinen in Teutschland recipirten fremden Rechte ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben, so ist davon weiter kein Gebrauch zu machen[45]). Denn die fremden Rechte sind nur als Hülfsrechte in Teutschland angenommen (Aut. §. 77.), und müssen also den teutschen Gesetzen weichen, wenn sie durch dieselben abgeändert worden sind. So z. B. gehen in Vormundschaftssachen, desgleichen in der Materie von Zinsen die Reichgesetze von dem römischen Recht ganz ab. Es kommt also hierin heut zu Tage auf die Vorschriften der gemeinen Reichsgesetze hauptsächlich an. Eben so ist es, wenn z. E. ein Stadtgesez deutlich besagt, ein Erblasser sey nicht gehalten, seinen Geschwistern etwas zu vermachen[46]), der Richter kann hier nicht die Ausnahme hinzu denken, wenn eine ehrlose Person zum Erben eingesezt, und den Geschwistern vorgezogen worden[47]).

2) Wenn hingegen eine Verordnung in den teutschen Reichs- oder particulären Landes-

45) S. Westphals teutsches und Reichsständisches Privatrecht 1. Th. 1. Abh.

46) Nürnberg. Reformation Tit. XXIX. n. 8.

47) Anderer Meinung sind zwar Struben in Nebenstunden V. Th. 32. Abh. §. 12. und *Io. Mich. Frid.* LOCHNER in Select. iuris universi, oder Sammlung verschiedener in die Rechtsgelehrsamkeit gehöriger Materien und Fälle. II. Stück N. I. S. 146. Allein man sehe vorzüglich *Ge. Christ. Alb.* SPIES Diss. de cauta germanicorum mixti generis statutorum interpretatione. Altorf. 1764. §. IX.

desgesetzen aus dem fremden Rechte herfließt, und diese unvollständig, oder dunkel und zweifelhaft, in dem fremden Rechte aber weit deutlicher bestimmt ist, so ist sie aus diesem allein füglich zu erklären, in so weit nämlich das einheimische Gesez mit dem fremden Rechte einstimmig ist[48]). Denn jedes Gesez muß aus seiner Quelle erkläret werden. Wenn demnach z. B. ein Reichs- oder Landesgesez von Testamenten, oder von den Wirkungen der römischen väterlichen Gewalt disponirt, so ist ein solches, wenn es undeutlich und unvollständig ist, allerdings aus dem römischen Rechte zu erklären. Eben deswegen kann auch die Vorschrift der Reichsgesetze, welche die Grösse rechtmäsiger Zinsen auf 5. pro Cent festsetzen, nicht mit Ausschliessung derjenigen Fälle verstanden werden, wo die fremden Rechte Ausnahmen machen, und mehr als sonst gewöhnliche Zinsen erlauben, als z. B. wenn der Gläubiger die Gefahr des Capitals trägt, wie bey Assecuranzen, Bodmerey und Leibrenthen Contract. Denn die Verordnung der Reichsgesetze ist wirklich unbestimmt und zweifelhaft, weil sie eigentlich nur von Verzugszinsen redet.

3) Wenn ein einheimisches Gesez von solchen Gegenständen redet, die ganz teutschen Ursprungs sind, und bey deren Erklärung man das römische Recht sehr übel und unschicklich anwenden würde, so muß dasselbe

48) S. *Christ. Gottl.* Riccius von Stadtgesetzen oder Statutis. II. Buch. XI. Hauptst. §. 12. S. 447. und folgg.

be aus einheimischen Grundsätzen, d. i. aus ächten teutschen Rechten und Gewohnheiten seine Erläuterung bekommen [49]). Dieses folgt ebenfalls daraus, weil Gesetze aus ihrer Quelle zu erklären sind. Man setze z. B. ein Statut oder teutsches Particulargesetz rede von der Gemeinschaft der Güter unserer Ehegatten, oder von der statutarischen Portion derselben, oder von der ehelichen Errungenschaft; oder vom Wittum, oder der Einkindschaft, u. d. m. es wäre aber dergleichen Statut nicht ganz deutlich, und unvollständig, so ist dasselbe aus dem, was gemeiniglich bey diesen Gegenständen teutschen Rechtens zu seyn pflegt, zu ergänzen und zu erklären. Dies ist der Sinn der bekannten Regel: daß die teutschen Particulargesetze aus dem gemeinen Rechte zu erklären. *(Statuta interpretanda sunt ex iure communi)* [50]). Gemeines Recht ist also nicht allein das fremde in Teutschland aufgenommene Recht, sondern auch gemeines teutsches Recht, was unsere Reichsgesetze enthalten, oder gemeine Gewohnheiten mit sich bringen [51]).

4) Sind

49) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Ulr.* CRAMER Diss. de interpretatione statutorum. *Marburgi* 1739. Cap. II. §. 8. und des um die Litteratur so verdienten Hrn. D. Joh. Christ. Koppe schönes Programm über die nothwendige Kultur und Erlernung des teutschen Privatrechts. Rostock 1789. 4.

50) *Sim. Pet.* GASSER Diss. de brocardico vulgari, *statuta ex iure communi esse interpretanda.* FREISLEBEN Diss. de interpretatione statutorum ex iure communi. RIVINUS num iura statutaria dubia vel obscura ex iure Rom. declarari vel suppleri debeant. HOMMEL Rhapsod. Obs. 660. und Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. Th. §. 84. S. 348. folg.

51) S. Pütters Beyträge zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. S. 106.

4) Sind teutsche Particulargesetze aus andern statutarischen Rechten erzeugt worden, so müssen sie aus diesen ihren Müttern zunächst erkläret werden [52]). Denn diese sind die Quellen, woraus jene geflossen sind. Man muß daher die Erzeugung eines statutarischen Rechts aus dem andern kennen, und diese lehrt uns die teutsche Rechtsgeschichte. So z. B. sind aus dem Söster-Stadtrecht das Lübische, Hamburgische, Mindensche, Lippische u. a. m. entstanden. Uebrigens finden

5) bey Erklärung teutscher, sowohl allgemeiner als particulärer, Gesetze die gemeinen Grundsätze der Auslegungskunst statt. Es ist daher eine ganz irrige und längst verworfene Meinung, wenn man ehedem sich überredete, daß Statuten jederzeit streng nach den Worten erklärt werden müßten [53]). So z. B. gilt die in vielen Gegenden Teutschlands aus dem Sächsischen und Lübischen Recht angenommene Regel: Hand muß Hand wahren, nicht allein bey Versetzungen und Verleihungen, sondern man wendet sie auch bey Hinterlegung der Sachen, gegebener Vollmacht, und ähnlichen Fällen an; weil in dem einen wie in den andern Falle der Grund dieser Regel eintritt, welcher in der Erhaltung des gemeinen Glaubens und Zutrauens im Handel und Wandel zu suchen ist. Endlich

6) versteht sichs von selbst, daß wenn die besondern teutschen Gesetze von den Reichs-Privatgesetzen abgehen,

52) Westphal a. a. O. §. 17.

53) ECKHARD in Hermenevt. iuris Lib. II. c. I. §. 18. seqq.

oder in den Stadtgesetzen ein oder der andere Artikel anders als in den Landesgesetzen abgefasset ist, das besondere Gesez nur allein zur Entscheidung dienen könne. Dies will die bekannte Regel: Stadt-Recht bricht Landrecht, Land-Recht bricht gemeines Recht [54].

§. 71.

In welcher Ordnung folgen die in Teutschland geltende mancherley Gattungen von Privatgesetzen bey ihrer Anwendung auf einander? Erste Regel.

Da es nun also in Teutschland so mancherley Rechtsquellen giebt, aus welchen die Grundsätze des bürgerlichen Privatrechts herzuleiten sind, so kann es nicht anders seyn, als daß sie sich oft in ihren Vorschriften widersprechen müssen. Es entsteht also die Frage, welches Recht im Collisions-Falle den Vorzug vor dem andern habe, und in was für einer Ordnung die mancherley Gesetze, von welchen wir bisher gehandelt haben, bey ihrer Anwendung auf einander folgen [55]? (Aut. §. 81.) Hier finden nun folgende Regeln statt.

I. Die

54) RICCIUS a. a. O. IX. Hauptst. S. 424. und folgg. Eisenharts Grundsätze des T. Rechts in Sprüchwörtern S. 1. Pütters Beyträge zum T. Staats- und Fürstenrechte 2. Th. N. XXII. S. 23.

55) S. Hrn. Hofr. Schnauberts Abhandl. in was für einer Ordnung folgen die mancherley Entscheidungsquellen bey ihrer Anwendung auf Privatsachen auf einander; in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht I. Th. N. IV. S. 54—61. und KETTELBLADT Systema elem. jurispr. pos. Germ. comm. §. 181.

I. Die in Teutschland geltenden einheimischen Gesetze und Gewohnheiten gehen den in Teutschland recipirten fremden Rechten vor. Denn letztere sind nur als Hülfsrechte angenommen, und leiden folglich nicht eher Anwendung, als wenn es an einheimischen anwendbaren Rechten fehlt [56]). Ob nun gleich die neuern teutschen Reichs- und Landesgesetze, Statuten und Gewohnheiten ohne alle Einschränkung den Vorzug vor den fremden Rechten behaupten; so ist doch in Ansehung der ältern bereits vor Einführung des römischen Rechts in Teutschland üblich gewesenen teutschen Rechte und Gewohnheiten, und derjenigen, welche in den Rechtssammlungen des Mittelalters, nämlich dem Sachsenspiegel, Schwabenspiegel u. s. w. enthalten sind, ein Unterschied unter den gemeinen Privatpersonen und unter den erlauchten Personen des teutschen Reichs zu machen; indem selbige in Ansehung der erstern nur allein in sofern dem fremden Rechte vorgehen, als sie beybehalten worden sind, und deren Observanz von demjenigen erwiesen werden kann, der sich in denselben gründet, da im Gegentheil das alte und mittlere teutsche Recht unter den erlauchten Personen mehr im Gebrauch geblieben ist [57]).

§. 72.

56) Reichshofr. Ordnung Tit. 2. §. 15. Pütters Abh. von dem Verhältniß der fremden und einheimischen gemeinen Rechte, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. Nr. XXVIII.

57) S. Joh. Luc. Steins Disquis. hist. iurid. an, et quatenus iuri Rom. competat. praerogativa prae veteri iure germ. in decidendis controversiis iudicial. *Rostock.* 1747. 8. *Ferd. Aug.* Hommel Diss. de proëdria Legum Iustinian. prae iure patrio anti-

§. 72.

Zweyte Regel.

Insofern nun aber unter mehrern einheimischen Gesetzen ein Widerspruch sich findet, so gehen die besondern teutschen Privatgesetze in der Regel den gemeinen Reichsgesetzen vor, es wäre denn, daß die Entscheidung der vorliegenden Sache in einem durchaus und schlechterdings gebietenden oder verbietenden Reichsgesetz gegründet wäre, in welchem Falle sodann ein solches die erste und einzige Entscheidungsquelle seyn wird, weil gegen ein solches Gesetz keine widrige Verordnung statt findet (§. 24.). Z. B. Wenn eine streitige Handwerkssache schon im Reichsschluß vom Jahr 1731. wegen der Handwerksmißbräuche entschieden ist, so muß dieses Reichsgesetz ohne Rücksicht auf besondere Statuten und Artikel sogleich angewendet werden.

§. 73.

antiquo in foris germanor. *Lipsiae* 1739. *Io. Ulr.* CRAMER Progr. de praesumtione pro iure Rom contra mores antiquos Germanor. *Marb.* 1737. *Io. Sal.* BRUNQUELL Commentat. de praeferentia iuris germanici pugnantis cum Rom. nisi huius receptio probetur in causar. illustrium decisionib. *Francof. et Lipſ.* 1743. 4. *Casp. Heinr.* HORN Diss. de praerogativa morum Germaniae in concursu cum LL. receptis. *Vitembergae* 1702. Vorzüglich aber Joh. Steph. Pütters Abhandl. von dem vorzüglichen Gebrauch der einheimischen gemeinen Rechte unter dem teutschen hohen Adel; in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. N. XXIX.

§. 73.

Dritte Regel. Colliſion beſonderer teutſcher Privatgeſetze 1) einerley Landes.

Wenn die beſondern teutſchen Privatgeſetze nicht übereinſtimmen, ſo iſt ein Unterſchied zu machen, ob ſie einerley Landes oder verſchiedener Territorien ſind; im erſten Falle geht das mehr beſondere Geſetz dem weniger beſondern vor nach der Regel: Stadtrecht bricht Landrecht [58]). (§. 70.)

§. 74.

Colliſion teutſcher Particulargeſetze, 2) verſchiedener Territorien. Erſte Regel.

Sind im Gegentheil die beſondern Geſetze verſchiedener Territorien einander entgegen [59]), ſo kommt es entweder blos auf die Art des gerichtlichen Verfahrens und Proceßform, oder auf die Beſtimmung der Rechte und Verbindlichkeiten ſelbſt an. Im erſtern Fall gehen die beſondern Geſetze des Gerichts, wo die Klage erhoben wird, allen andern vor. (§. 44. S. 289.) Z. B. Wechſelproceß, Con-

58) *Chr. Amand.* DORN Progr. de paroemia: Stadtrecht bricht Landrecht. *Kilonii* 1748.

59) Hier ſind vorzüglich nachzuſehen *Io. Nic.* HERT Diſſ. de colliſione Legum Sect. IV. in Opuſc. Vol. I. T. I. *Franc.* ALEF Diſſ. de diverſorum ſtatutorum concurſu eorumque conflictu, in EIUS *diebus academ.* Nr. IV. Ernſt Chriſt. Weſtphals teutſches und reichsſtändiſches Privatrecht 1. Th. 3. Abh. S. 32. und Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 1. Th. §. 53.

Concursordnung sind nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, wo die dahin einschlagenden Rechtshändel vorkommen. Auch die Anlegung eines Arrests geschiehet nach den Gesetzen des Forums, wo dieselbe gesucht wird [60]). Im lezten Falle hingegen finden folgende Regeln statt:

1) Wenn von dem Zustande einer Person, und den davon abhängenden Rechten die Rede ist, so sind die besondern Gesetze desjenigen Orts anzuwenden, wo die Person wohnhaft ist, wenn sie sich auch ausser Landes befindet [61]). Denn die Person eines Unterthanen ist keinem andern unterworfen, als demjenigen Landesherrn, in dessen Lande dieselbe ihren Wohnsiz hat, (§. 44.) nun ist der Status ein Zubehör der Person, welcher derselben anklebt, und sie überall hin begleitet, wo sie sich auch immer aufhalten mag; mithin müssen auch die Gesetze des Domiciliums, die diese persönliche Eigenschaft dem Unterthan beylegen, als Normen angewendet werden, wenn sich derselbe ausser Landes befindet, weil die Person doch immer in der Unterthänigkeit gegen denjenigen Landesherrn bleibt, in dessen Lande sie wohnt [62]). Wollte man ein anders annehmen, so würde hieraus noch überdies die größte Unbequemlichkeit entstehen. Denn z. B.

60) *L.* 3. §. 6. *D. de testib.* HERT a. a. O. §. LXX. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 144. p. 116.

61) *Quando lex in personam dirigitur, respiciendum est ad leges illius civitatis, quae personam habet subiectam*, sagt HERT a. a. O. §. VIII.

62) Schnaubert's Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 116.

z. B. ein Mündiger zu Hause würde zu gleicher Zeit an dem Orte, wo er auswärts etwas besizt, unmündig seyn; würde also, so lange er zu Hause bleibt, mündig seyn, aber sobald er verreist, in einem andern Gebiete es nicht mehr seyn. Wenn demnach die Frage ist, ob Jemand für mündig oder unmündig, für majorenn oder minorenn, für einen Filius oder filiafamilias oder für eine Person, die sui iuris ist, zu halten, und daher fähig oder unfähig sey, zu contrahiren, und über das Seinige zu disponiren; desgleichen, ob Jemand ehrlich oder unehrlich, adelich oder unadelich sey, so kommt es allemal auf die Gesetze des Domicilliums an. Es ist daher keinem Zweifel unterworfen, daß eine Person, die nach den besondern Gesetzen des Orts, wo sie wohnhaft ist, für sui iuris zu halten, über ihr Vermögen ein gültig Testament machen könne, wenn auch gleich ein Theil desselben auswärts, und an einem solchen Orte liegen sollte, wo dieselbe noch nicht dafür erkannt wird. Hätte Jemand einen doppelten Wohnsiz, so ist seine Fähigkeit zu handeln nach den Gesetzen desjenigen Domicilliums zu beurtheilen, welche die Gültigkeit des Geschäfts am meisten begünstigen. (§. 30. nr. 5. S. 214.)

§. 75.

Zweite Regel.

2) Wenn aber von der äusseren Form und der davon abhangenden Gültigkeit der rechtlichen Handlungen und Geschäfte einer Person die Rede ist, so müssen in der Regel die Gesetze des Landes angewendet werden, wo die Handlung vorgenommen oder zu Stande gekommen ist.

Denn

Denn die Gesetze eines Landes, welche von den Handlungen der Unterthanen disponiren, können eigentlich nur in so fern zur Richtschnur dienen, als diese Handlungen in dem Territorium vorgenommen werden; nicht weiter. Denn sonst gienge der Gesezgeber über die Grenzen seines Gebiets hinaus: Leges vero non valent extra territorium.. Daß nun der Inländer diesen Gesetzen unterworfen sey, wenn er dergleichen Handlungen, wovon dieselben reden, im Lande vornimmt, ist ausser Zweifel. Allein eben dieses muß auch von dem Ausländer gelten. Denn alle diejenigen, welche in den Grenzen eines fremden Staats sich aufhalten, sind, so lange als ihr Aufenthalt dauert, in der Regel als Unterthanen anzusehen. Ich habe hiervon schon an einem andern Orte (§. 44. n. 2. u. 4.) umständlicher gehandelt. Man wende nicht dagegen ein, daß wenn ein Staat die Handlung seines Unterthans, welche derselbe ausser Landes nach den Gesetzen eines fremden Territoriums in dem District desselben vorgenommen, gelten lassen müsse, solches gegen die obige Regel: Leges non valent extra territorium, sey. Denn man unterscheide zwischen der verbindenden Kraft eines fremden Gesetzes in Ansehung einer erst vorzunehmenden Rechtshandlung, und der rechtlichen Wirkung eines Geschäfts, das in dem Gebiete eines fremden Gesetzgebers geschlossen worden ist. Die erstere ist freylich nur auf das Territorium des Gesetzgebers eingeschränkt; denn über die Grenzen eines Landes hinaus es streckt sich die Gewalt eines Regenten nie. Allein die rechtliche Wirkung eines solchen Geschäfts, das nach den Gesetzen eines Staats in den Grenzen desselben gültig ist geschlossen worden, muß jede andere Nation als verbindlich anerkennen, und der Regent des Auswärtigen darf solche,

ohne

ohne eine offenbare Ungerechtigkeit zu begehen, nicht entkräften [63]). Solchemnach sind nun also Verträge, Testamente, Form der Wechsel u. s. w. nach den Landesherrlichen Verordnungen desjenigen Orts zu beurtheilen, wo sie vorgenommen sind. Jedoch hat diese Regel ihre Ausnahmen, von denen ich gleichfalls schon am oben angeführten Orte gehandelt habe. Hier will ich nur noch eine Ausnahme hinzufügen. Sollten Unterthanen bey ihren Rechtshandlungen, die sie ausserhalb Landes auf eine erlaubte Art unternommen, z. B. wenn sie in einem fremden Lande ein Testament gemacht, oder mit einander contrahirt haben, sich, ohne die Gesetze ihres zeitigen Aufenthalts zu beobachten, blos nach den Gesetzen ihres Vaterlands gerichtet haben, so sind solche Handlungen nicht nach den Gesetzen des Orts, wo sie vorgenommen worden, sondern nach den Gesetzen des Domicilii ums zu beurtheilen, in sofern blos von der Gültigkeit und rechtlichen Wirkung derselben in ihrem Vaterlande die Rede ist [64]). Denn da Unterthanen auch ausser Landes, wenn sie nur den Vorsatz haben, in ihr Vaterland zurückzukehren, in der Unterthänigkeit gegen ihren Landesherrn verbleiben, mithin

63) SEGER Diff. de vi legum et decretorum in territorio alieno pag. 6. seqq. und VATTEL Ius Gentium Lib. II. c. 7.

64) S. *Casp.* ZIEGLER in Dicastice Concl. XV. §. 11. seqq. Riccius Entwurf von Stadtgesetzen Buch II. Haupst. 15. §. 3. auch HERT a. a. O. §. X. S. 182. Dieser sagt: *Si actus a solo agente dependent v. g. testamentum, et hic sit exterus: vel si actus inter duos celebretur, v. g. pactum, et uterque paciscens sit exterus, et unius civitatis cives, dubitandum non est, actum a talibus* SECUNDUM LEGES PATRIAE *factum* IN PATRIA VALERE.

hin die Verbindlichkeit der Gesetze ihres Vaterlandes in Ansehung ihrer in sofern nicht aufgehoben wird, so muß es ihnen auch noch auswärts freygestanden haben, sich nach den Gesetzen ihres Vaterlandes verbindlich zu machen, oder in Gemäßheit derselben sonst eine Handlung vorzunehmen, die nur in ihrem Vaterlande ihre Gültigkeit und Wirkung haben soll [65]). Nur in sofern ihre Absicht ist, daß auch der fremde Staat ihre in dem District desselben vorgenommene Rechtsgeschäfte für gültig erkenne, sind Fremdlinge, als zeitige Unterthanen, die Gesetze des Ort, wo sie sich aufhalten, zu beobachten verbunden, und solche Handlungen, die nach diesen Gesetzen gültig und erlaubt sind, ist sodann auch jede andere Nation nach dem Völkerrecht als rechtmäßig anzuerkennen schuldig.

§. 76.

Dritte Regel.

Endlich 3) wenn von Rechten, welche blos Grundstücke betreffen, die Frage ist, so ist auf die Gesetze des Orts, wo die Güter liegen, hauptsächlich Rücksicht zu nehmen, ohne Unterschied, wo und von wem darüber disponiret worden [66]). Wenn daher von der Erwerbung, Veräusserung, Verpfändung, Verjährung der Grundstücke, ferner von der Freyheit oder Belästigung derselben, dem Abtrieb u. s. w. die Frage ist, so gehen die Verordnungen des Landes, worin die Güter befindlich, den Gesetzen des Orts, wo

65) Anderer Meinung ist Danz im angef. Handbuch des teutschen Privatrechts 1. Band S. 181. f.

66) HERT am angef. Ort Sect. IV. §. IX. pag. 177.

wo der Eigenthümer seinen Wohnsitz hat, vor. Dahingegen werden die Rechte in Ansehung beweglicher Sachen nach den Gesetzen des Domicilii ums beurtheilt. Denn die beweglichen Güter folgen der Person nach, sie mögen angetroffen werden, wo sie wollen. Daher es eine bekannte Regel ist: *Res mobiles ex conditione personae legem accipiunt, et ibi esse dicuntur, ubi quis domicilium et rerum suarum summam collocavit* [67]). Sollte jedoch ein Mensch keinen bestimmten Wohnsitz haben, z. B. ein Vagabond, so wird das bewegliche Vermögen desselben nach den besondern Gesetzen seines jedesmaligen Aufenthalts beurtheilt [68]).

§. 77.

Collision des römischen und canonischen Rechts.

Wenn nun weder teutsche Reichs- noch Particulargesetze eine Entscheidung für den vorliegenden Fall enthalten, so kommen die in Teutschland recipirte fremde Rechte in Civil-Rechtssachen zur Anwendung. Wir ziehen alsdann das römische oder canonische Recht zu Rathe [69]). Wie? wenn nun aber die Vorschriften beyder

67) HERT a. a. O. §. VI. SEGER in Diss. de vi Legum in territorio alieno §. IX. und andere mehr, die daselbst angeführt sind.

68) So z. E. wird einem Vagabonden succedirt nach den Gesetzen des Orts, wo er verstarb. S. Ludolffs systemat. Entwickelung der Lehre von der Intestaterbfolge §. 193. S. 301. Hiermit stimmt auch das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten, Einleitung §. 35. überein.

69) *Io. Nepom.* ENDRES Diss. de diverso iuris germanici ad civile Romanum et canonicum commune habitu. Wirceb. 1771. (in SCHMIDT *Thesaur. iuris eccles.* Tom. I. N. II. pag. 88—128.)

Rechte einander widerſprechen, welches von beyden wird den Vorzug vor dem andern haben? Die Rechtsgelehrten ſind desfalls nicht einerley Meinung. Die gewöhnlichſte Meinung iſt, daß im Colliſionsfalle der Regel nach das Canoniſche Recht den Vorzug behaupte [70]). Andere hingegen wollen die Sache dergeſtalt beſtimmen, daß in den weltlichen Gerichten das Juſtinianeiſche, in den geiſtlichen aber das Canoniſche Recht vorzuziehen ſey [71]). Noch andere Rechtsgelehrte ſehen bey der Beſtimmung des vorzüglichern Gebrauchs des Canoniſchen Rechts auf einzelne Fälle. Sie behaupten, in Kirchen- Ehe- Proceß- Gewiſſens- und Eidesſachen habe das Canoniſche Recht den Vorzug, in allen andern Sachen aber ſey das Römiſche Recht jenem vorzuziehen. Dieſer Meinung iſt unter andern [72]) unſer Hellfeld. §. 81. Verſchiedene angeſehene Rechtslehrer [73]) wollen

70) PAGENSTECHER de praeſtantia Iuris Canonici prae civili. *Henr.* HILDEBRAND de praevalentia iur. can. prae civili in foro. *Alt.* 1697. *Io. Ern.* FLOERCKE de praerogativa iuris canon. prae iure Iuſtinianeo. *Ienae* 1722. und *Halae* 1757. 4. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Proteſt Lib. I. Tit. 2. u. a. m.

71) *Huld. ab* RYBEN de auctoritate iuris canon. §. 18. *Io.* STRAUCH de origine et auctoritate iuris canon. §. 39. *Arth.* DUCK de auctoritate iuris civ. Lib. I. c. 7. §. 11.

72) STRUV in Syntagm. iur. civ. Ex. 2. Th. 39. LYNCK in Comment. ad Decretales Diſcurſ. praelim. c. 2. §. 9. pag. 33. und *Io. Frid.* RHETIUS de auctoritate iuris canon. inter A. C. conſortes.

73) LAUTERBACH in Collegio Theor. Pr. Pandectar. Prolegom. §. IX. n. 15—18. *Car. Chriſtph.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 53. pag. 45. und *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canonici P. I. (*Bonnae* 1778. 8.) §. 113 — 115. pag. 127. ſeqq. COCCEJI in iure civ. controv. Proleg. Qu. 7.

wollen auch den Vorzug des einen Rechts vor dem andern nach folgenden Regeln beurtheilt wissen. 1) So oft in dem einen Rechte etwas deutlich bestimmt worden, was in dem andern zweifelhaft ist, so geht das erstere dem leztern vor. 2) In geistlichen und Gewissenssachen, desgleichen wenn es darauf ankomme, daß eine Sünde verhütet werde, wie z. B. in der Lehre von der Verjährung, bey vorhandener, oder eintretender mala fide, *cap. fin. X. de praescr.*, sey dem römischen in der Regel das Canonische Recht vorzuziehen. 3) In Sachen, die vor die geistliche Gerichtsbarkeit gehören, sey das Canonische vorzüglich, in denen aber, die vor die weltliche Gerichtsbarkeit gehören, das Römische Recht, anzuwenden. Endlich 4) wo aus besonderer Ursach der Gerichtsgebrauch die Vorschriften des Canonischen Rechts angenommen, wie z. B. in den Materien, die den bürgerlichen Proceß betreffen, da müsse nach diesem, und nicht nach dem Justinianeischen Rechte gesprochen werden. Zulezt will ich noch der Meinung einiger neuern Rechtsgelehrten [74]) gedenken, welche bey dem Mangel einer genugsamen gesezlichen Bestimmung in den Fällen, da das Justinianeische und Canonische Recht sich einander widersprechen, am meisten auf einen genugsam bewährten Gerichtsgebrauch gesehen, und nach demselben den Vorzug des einen Rechts vor dem andern bestimmt wissen will, weil, wenn gleich das Canonische Recht in unsern Gerichten in

74) Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechtsmaterien. IV. Stück. (Rostock und Leipzig 1780.) N. VII. S. 124 — 147. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Proleg. Qu. 7. Not. f. pag. 17.

sehr vielen Fällen vor dem Justinianeischen den Vorzug behaupte, doch auch genug Beyspiele verhanden wären, da nach dem Gerichtsgebrauch das Gegentheil statt finde. Ich bin noch immer überzeugt, daß unter diesen so verschiedenen Meinungen diejenige die richtigste sey, nach welcher dem canonischen Rechte in der Regel der Vorzug vor dem Römischen eingeräumet wird, so lange nicht nach einem genugsam bewährten Gerichtsgebrauche das Gegentheil statt findet [75]). Schon dadurch, daß der Gerichtsbrauch dem canonischen Rechte in den meisten Fällen ohne allen Zweifel den Vorzug vor dem römischen giebt, rechtfertiget sich zwar diese Regel vollkommen; allein wir wollen die Gründe selbst anführen, auf welchen dieser Vorzug des Canonischen Rechts beruhet. Sie sind folgende. Erstens hat man seit den ältesten Zeiten in Teutschland für das Canonische Recht stets günstige Vorurtheile gehegt, und sich überredet, daß es den teutschen Sitten und unsrer Verfassung nicht allein an und für sich mehr, als das Römische, angemessen sey [76]), sondern auch die Grundsätze desselben besser, als die des römischen Rechts, mit der Billigkeit übereinstimmen. Zweytens stellte man sich nach der Denkungsart des mittlern Zeitalters

75) Dieser Meinung sind unter den neuern Rechtsgelehrten ausser ENDRES in der angeführten Diss. §. XIV. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 358. u. folgg. und *Io. Th. Ad.* KIND Diss. de fontibus iuris iudiciarii civ. quod per Germaniam obtinet. Lipsiae 1785. §. V. pag. 14.

76) Daß das canonische Recht manches Ueberbleibsel unserer alten Gesetze und Rechtsgewohnheiten enthalte, haben *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Obs. 649. u. 650. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Element. iuris Germ. Lib. I. §. 254. not. *) mit vielen Beyspielen erwiesen.

ters eine von Gott verordnete zweyfache Gewalt, eine weltliche und eine geistliche vor, deren jede einem sichtbaren Oberhaupt, jene dem Kaiser, diese dem Pabste, anvertrauet wäre, unter sich aber in einem solchen Verhältnis stünden, daß die geistliche Gewalt noch vor der weltlichen, so wie die Seele vor dem Leibe, das Geistliche vor dem Zeitlichen, die Sonne vor dem Monde den Vorzug hätte [77]). Nach dieser damahls herrschenden Idee verstand sich's demnach von selbst, daß das von der geistlichen Gewalt authorisirte Gesetzbuch nicht allein in der ganzen Christenheit in geistlichen sowohl als weltlichen Gerichten zur Richtschnur dienen [78]), sondern dasselbe auch vor dem weltlichen oder Justinianeischen Gesetzbuche die Oberhand behalten mußte, wenn es in einzelnen Fällen Collision zwischen diesen beyden Rechten gab [79]). Ja es schien das Canonische Gesetzbuch in Teutschland dop-

77) Man vergleiche aus GRATIANI *Decreto* die ganze Distinct. X. und aus den *Decretalib* GREGORII *IX. cap. 6. de maioritate et obedient.* Auch den Sachsenspiegel 1. Buch 1. Art. und die Glosse desselben.

78) Hierher gehört die Stelle des Schwabenspiegels 1. Buch. Kap. V. Tom. II. *Corp. Iur. Germ. Senckenb.* S. 15. Und als die Päbste und Kaiser zu Concilien und zu Hofen haben gesetzt und geboten aus dem *Decret* und *Decretalen.* Wann aus den zweyen Büchern nimmt man alle die Recht, der geistlichen und weltlichen Gerichten bedarf.

79) Eben diese Folge zieht GRATIANUS, wenn er in seinem *Decreto* nach *Can. 6. Dist. X.* anmerkt: *Ecce quod constitutiones Principum ecclesiasticis Legibus postponendae sunt. Ubi autem evangelicis atque canonicis decretis non obviarint, omni reverentia dignae habeantur.*

pelte Achtung zu verdienen, weil man den Kaiser als dessen eigenes Oberhaupt, und zugleich als den Schutzherren der Römischen Kirche ansahe. Wenn nun gleich freylich diese Gründe meistentheils auf bloß irrige Meinungen des mittlern Alters hinauslaufen, die hauptsächlich aus unrichtigen Vorstellungen von dem Verhältnis der geistlichen und weltlichen Gewalt entstanden sind, so darf doch hierin heutiges Tages nichts geändert werden, da es eines Theils bey der heutigen Gültigkeit der in Teutschland recipirten fremden Rechte eine ausgemachte Wahrheit ist, daß nicht immer mit der Ursache auch ihre Wirkung aufhöre, sondern auch Irrthümer von der gesetzgebenden Gewalt, und dem Ansehen der Gerichtsstühle unterstüzt, ihre Folgen behalten können [80]); andern Theils aber doch auch nicht geläugnet werden kann, daß mit der Aufnahme des Canonischen Rechts in Teutschland allerdings auch die darin vorkommenden Abänderungen des Justinianeischen Rechts in der Regel vom Reiche gebilliget worden sind [81]).

§. 78.

Ausnahmen von der Regel.

Ob nun gleich das Canonische Recht aus den angeführten Gründen noch bis auf den heutigen Tag den Vorzug vor dem römischen behauptet, so ist doch dieses nur von der

80) S. Pütters Abhandlung: Wie die Rechtskraft der in Teutschland üblichen fremden Gesetzbücher zwar im Grunde auf irrigen Meinungen beruhe, aber doch noch fest bestehe: in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. N. XXVI. S. 56. u. folgg.

81) EMMINGHAUS c. l. pag. 17.

der Regel zu verstehen, welche alsdann ihre Ausnahme leidet, sobald in diesem oder jenem Puncte ein unstreitiger und bewährter Gerichtsbrauch dem Römischen Rechte den Vorzug giebt. Daher es ein eben so grosser Fehler ist, wenn einige das Canonische Recht durchgängig und ohne alle Einschränkung dem Römischen vorziehen, als wenn andere, wie z. B. unser Autor, dem Römischen Rechte den Vorzug in der Regel geben wollen, indem diejenigen Fälle, da das Römische Recht den Vorzug vor dem Canonischen behauptet, nur als Ausnahmen von der Regel anzusehen sind. Zu diesen Ausnahmen rechne ich zuförderst, daß die in dem Canonischen Rechte gebilligte Art, ein Testament vor dem Pfarrer und zwey Zeugen zu verfertigen [82]), heutiges Tagen an wenigen Orten, selbst in katholischen Landen, angenommen ist; vielmehr statt derselben die im Justinianeischen Rechte vorgeschriebene Form beobachtet wird [83]). Hierher gehört ferner, daß bey Schenkungen in zweifelhaften Fällen, nicht, wie das Canonische Recht will [84]), eine ausdehnende Erklärung, sondern vielmehr eine einschränkende Auslegung statt findet, und daher die Absicht zu schenken niemahls vermuthet wird, auch die bey der Schenkung gebrauchten Ausdrücke weiter, als der eigentliche Wortverstand erlaubt, nicht verstanden werden können [85]). Noch

82) *cap.* 10. *X. de testam.*

83) S. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Prot. Tom. II. Lib. III. Tit. 26. §. 4. seqq. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. Iurisprud. eccles. P. III. §. 394.

84) *cap.* 6. *X. de donat.*

85) *L.* 25. *pr. D. de probat. L.* 34. *D. de R. I.* MEVIUS P. 2. dec. 18. n. 4. P. 4. dec. 318. n. 3. P. 8. decis. 194. n. 2. LEYSER Spec. 433. med. 1.

mehr: nach dem Canonischen Rechte hat der durch Frauensperſonen geführte Beweiß überall keine Kraft [86]), und dieſe ſind nur ſodann zu vernehmen, wenn ſie entweder an dem Verbrechen dieſes oder jenes Geiſtlichen Antheil genommen haben [87]), oder es darauf ankommt, eine vorgebliche Irregularität dieſes oder jenes Geiſtlichen zu beweiſen [88]). Allein der Gerichtsgebrauch [89]) ſtimmt mit dem Canoniſchen Rechte auch hierin nicht überein, ſondern läßt es vielmehr bey der Vorſchrift des Juſtinianeiſchen Rechts [90]) lediglich bewenden, nach welcher Frauensperſonen, ſowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen, gültige Zeugen ſind, inſofern nicht etwa die Geſetze, entweder der beſondern Feyerlichkeit der Handlung wegen, wie bey Teſtamenten und Codicillen, oder um einem rechtlichen Geſchäfte das Anſehen einer öffentlichen Beglaubigung zu verſchaffen, wie bey der Verpfändung, das Zeugnis durch Mannsperſonen ausdrücklich erfordern, oder ſonſt eine andere gegründete Ausnahme bewieſen werden kann. Andere Fälle zu geſchweigen, wo noch ſonſt in den heutigen Gerichten nach dem Juſtinianeiſchen und nicht nach dem Canoniſchen Rechte geſprochen

86) *Can.* 17. u. 19. *C. XXXIII. qu.* 5. *Cap.* 10. *X. de V. S.* wo der Grund angeführt wird: *nam varium et mutabile teſtimonium ſemper foemina producit.*

87) *Cap.* 3. *X. de teſt. et atteſt.*

88) *Cap.* 33. *X. eodem.*

89) CARPZOV Pract. rer. crim. Qu. 114. n. 39. BOEHMER in Iure Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 20. §. 17. CRAMER Tom. III. Obſ. 894.

90) *L.* 18. *D. de teſtib.*

sprochen zu werden pflegt, welche man in der unten angeführten Schrift [91]) beysammen finden wird.

§. 79.

Widerlegung des Autors.

Es sey mir erlaubt, gegen die Meinung unsers Verfassers nur noch einige Erinnerungen zu machen. Wenn nämlich derselbe (§. 31.) in der Regel dem Römischen Rechte den Vorzug vor dem Canonischen geben will, und der Meinung ist, daß lezteres nur in Kirchen-Ehe-Eides-Gewissens- und Proceßsachen vorzuziehen sey; so zweifle ich erstens sehr, ob diese Regel überall zutreffend seyn möchte. Denn daß einmal in Ehesachen das Canonische Recht nicht durchgängig, wenigstens in den protestantischen Gerichten, den Vorzug behaupte, kann ich durch verschiedene Beyspiele beweisen [92]). Einen Beweiß davon giebt zuvörderst die Materie von den Eheverboten wegen der Blutsfreundschaft, wo die Evangelischen die Päbstlichen Rechte nicht annehmen, sondern sich nach der Vorschrift der Mosaischen und Römischen Rechte richten [93]). Ausserdem aber kann

91) Quistorp über die Trüglichkeit des Satzes: daß das Canonische Recht vor dem Justinianeischen unter allen Umständen in den protestantischen Gerichten den Vorzug habe, in einigen auffallenden Beyspielen gezeigt, in den Beyträgen IV. St. N. VIII.

92) S. *Guil. de* HERTOGHE Diatr. de reformatione iuris civ. circa causas matrimoniales a Pontifice Rom. per Ius Canonicum perverse tentata. (in *Opusc.* a *Io.* WUNDERLICH edit.) p. 61. seqq.

93) S. SCHOTT Progr. de auctoritate iur. canon. inter Evangelicos pag 19. und Moser von der teutschen Religionsverfassung 1. Buch. 2. Kap. §. 13.

kann man auch den Vergleich wider die Ehe hierher rechnen, als welcher, unter gewissen Einschränkungen, bey den Protestanten allerdings erlaubt ist, wie am gehörigen Orte gezeigt werden wird, dahingegen das Canonische Recht solchen schlechterdings verwirft [94]). Sodann ist der Satz, daß das Canonische Recht in der Lehre vom Eide dem Römischen durchaus vorgehe, ebenfalls noch vielen Zweifeln unterworfen, und schon von Andern [95]) das Gegentheil so bündig dargethan worden, daß man es sicher für erwiesen annehmen darf. Ich werde auch hiervon zu seiner Zeit bey dem §. 341. umständlicher handeln. Daß endlich im Proceß dem Canonischen Rechte nicht ohne alle Ausnahme der Vorzug vor dem Römischen eingeräumt werden könne, beweißt das bereits in vorhergehendem §. angeführte Beyspiel vom Zeugenbeweise; bey welchem wir heutiges Tages die Verordnungen des Justinianeischen Rechts befolgen. So schließt ferner das Canon. Recht die Layen vom Zeugniß gegen Geistliche aus, wenn von peinlichen Fällen die Rede ist [96]). Allein das Röm. Recht läßt auch Layen als gültige Zeugen zu, und dieß befolgen wir in der Praxi [97]). Eben so kann

94) *Cap. ult. X. de transact.*

95) THOMASIUS Institut. iurispr. div. Lib. II. c. 9. §. 14 seqq. AYRER de abusu iuramentorum §. 33. seqq. Hr. Prof. MAUBLANC. in doctrina de iureiurando Lib. V. pag. 499. seqq. Christ. Friedr. Schorcht von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen. Jena 1786. 4. Prof. Weber system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 10. Abschn. §. 123. S. 559. ff.

96) *Cap. 14. X. de testib.*

97) S. *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 16.

kann nach Canon. Rechten kein Zeuge, auch nicht einmal in peinlichen Fällen, genöthiget werden, ein Zeugniß abzulegen [98]); anders nach dem Röm. Rechte [99]), welches die Praxis annimmt [100]).

Es ist jedoch die Regel unsers Autors, wie hieraus genugsam erhellet, nicht nur unzutreffend, sondern auch zum andern sehr unbestimmt und schwankend. Denn was sind z. B. Kirchensachen? was sind Gewissenssachen? wer weiß nicht, wie ausgedehnt und überspannt hiervon die Begriffe des Päbstlichen Rechts sind, dem es nie am Anstrich und Prätext gefehlt hat, auch blos weltlichen Sachen die Gestalt von geistlichen und kirchlichen zu geben, nur um die Grenzen der päbstlichen und geistlichen Gerichtsbarkeit zu erweitern [1])? Bahnt also nicht die Regel unsers Autors den Weg zu neuen Schwierigkeiten oder Irrthümern? Endlich ist auch jene Regel viel zu seicht, als daß sie diejenigen Fälle ganz erschöpfen sollte, in welchen dem Canonischen Rechte der Vorzug vor dem Römischen wirklich beygeleget wird. Wem ist wohl unbekannt, daß auch in der Lehre von der Legitimation unehelicher Kinder, den Verträgen, der Emphyteusis, der Verjährung,

98) *Cap.* 10. *X. de testib. cog. vel non.*

99) *L.* 4. D. *de testib.*

100) Man sehe hier vorzüglich *Mich. God.* WERNHERI Diss. de auctoritate iuris canonici in processualibus. *Vitemb.* 1759.

1) S. Hofr. Schnauberts kurze Entwickelung des Begriffs von geistlichen Sachen überhaupt, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechte. 1. Th. N. 2. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 244.

kann man auch den Vergleich wider die Ehe hierher rechnen, als welcher, unter gewiſſen Einſchränkungen, bey den Proteſtanten allerdings erlaubt iſt, wie am gehörigen Orte gezeigt werden wird, dahingegen das Canoniſche Recht ſolchen ſchlechterdings verwirft [94]). Sodann iſt der Satz, daß das Canoniſche Recht in der Lehre vom Eide dem Römiſchen durchaus vorgehe, ebenfalls noch vielen Zweifeln unterworfen, und ſchon von Andern [95]) das Gegentheil ſo bündig dargethan worden, daß man es ſicher für erwieſen annehmen darf. Ich werde auch hiervon zu ſeiner Zeit bey dem §. 341. umſtändlicher handeln. Daß endlich im Proceß dem Canoniſchen Rechte nicht ohne alle Ausnahme der Vorzug vor dem Römiſchen eingeräumt werden könne, beweißt das bereits in vorhergehendem §. angeführte Beyſpiel vom Zeugenbeweiſe; bey welchem wir heutiges Tages die Verordnungen des Juſtinianeiſchen Rechts befolgen. So ſchließt ferner das Canon. Recht die Layen vom Zeugniß gegen Geiſtliche aus, wenn von peinlichen Fällen die Rede iſt [96]). Allein das Röm. Recht läßt auch Layen als gültige Zeugen zu, und dieß befolgen wir in der Praxi [97]). Eben ſo kann

94) *Cap. ult. X. de transact.*

95) THOMASIUS Inſtitut. iurispr. div. Lib. II. c. 9. §. 14 ſeqq. AYRER de abuſu iuramentorum §. 33. ſeqq. Hr. Prof. MALBLANC in doctrina de iureiurando Lib. V. pag. 499. ſeqq. Chriſt. Frieb. Schorcht von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen. Jena 1786. 4. Prof. Weber ſyſtem. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 10. Abſchn. §. 123. S. 559. ff.

96) *Cap. 14. X. de teſtib.*

97) G. *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. Tom. I Tit. 20. §. 16.

kann nach Canon. Rechten kein Zeuge, auch nicht einmal in peinlichen Fällen, genöthiget werden, ein Zeugniß abzulegen [98]); anders nach dem Röm. Rechte [99]), welches die Praxis annimmt [100]).

Es ist jedoch die Regel unsers Autors, wie hieraus genugsam erhellet, nicht nur unzutreffend, sondern auch zum andern sehr unbestimmt und schwankend. Denn was sind z. B. Kirchensachen? was sind Gewissenssachen? wer weiß nicht, wie ausgedehnt und überspannt hiervon die Begriffe des Päbstlichen Rechts sind, dem es nie am Anstrich und Prätext gefehlt hat, auch blos weltlichen Sachen die Gestalt von geistlichen und kirchlichen zu geben, nur um die Grenzen der päbstlichen und geistlichen Gerichtsbarkeit zu erweitern [1])? Bahnt also nicht die Regel unsers Autors den Weg zu neuen Schwierigkeiten oder Irrthümern? Endlich ist auch jene Regel viel zu seicht, als daß sie diejenigen Fälle ganz erschöpfen sollte, in welchen dem Canonischen Rechte der Vorzug vor dem Römischen wirklich beygeleget wird. Wem ist wohl unbekannt, daß auch in der Lehre von der Legitimation unehelicher Kinder, den Verträgen, der Emphyteusis, der Verjährung,

98) *Cap.* 10. *X. de testib. cog. vel non.*

99) *L.* 4. D. *de testib.*

100) Man sehe hier vor[illegible]ch *Mich. God.* WERNHERI Diss. de a[illegible]tate iuris ca[illegible] proces[illegible]. *Vitemb.* 1759.

1[illegible]pfr. Schr[illegible] fur[illegible]lung des Begriffs [illegible]istlicher [illegible]selben Beyträ[illegible]chenrechte.

[illegible]anon. Lib. II.

sehr vielen Fällen vor dem Justinianeischen den Vorzug behaupte, doch auch genug Beyspiele vorhanden wären, da nach dem Gerichtsgebrauch das Gegentheil statt finde. Ich bin noch immer überzeugt, daß unter diesen so verschiedenen Meinungen diejenige die richtigste sey, nach welcher dem canonischen Rechte in der Regel der Vorzug vor dem Römischen eingeräumet wird, so lange nicht nach einem genugsam bewährten Gerichtsgebrauche das Gegentheil statt findet [75]). Schon dadurch, daß der Gerichtsbrauch dem canonischen Rechte in den meisten Fällen ohne allen Zweifel den Vorzug vor dem römischen giebt, rechtfertiget sich zwar diese Regel vollkommen; allein wir wollen die Gründe selbst anführen, auf welchen dieser Vorzug des Canonischen Rechts beruhet. Sie sind folgende. Erstens hat man seit den ältesten Zeiten in Teutschland für das Canonische Recht stets günstige Vorurtheile gehegt, und sich überredet, daß es den teutschen Sitten und unsrer Verfassung nicht allein an und für sich mehr, als das Römische, angemessen sey [76]), sondern auch die Grundsätze desselben besser, als die des römischen Rechts, mit der Billigkeit übereinstimmen. Zweytens stellte man sich nach der Denkungsart des mittlern Zeitalters

75) Dieser Meinung sind unter den neuern Rechtsgelehrten ausser ENDRES in der angeführten Diss. §. XIV. Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 358. u. folgg. und *Io. Th. Ad.* KIND Diss. de fontibus iuris iudiciarii civ. quod per Germaniam obtinet. Lipsiae 1785. §. V. pag. 14.

76) Daß das canonische Recht manches Ueberbleibsel unserer alten Gesetze und Rechtsgewohnheiten enthalte, haben *Car. Ferd.* HOMMEL Rhapsod. Obs. 649. u. 650. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Element. iuris Germ. Lib. I. §. 254. not. *) mit vielen Beyspielen erwiesen.

ters eine von Gott verordnete zweyfache Gewalt, eine weltliche und eine geistliche vor, deren jede einem sichtbaren Oberhaupt, jene dem Kaiser, diese dem Pabste, anvertrauet wäre, unter sich aber in einem solchen Verhältnis stünden, daß die geistliche Gewalt noch vor der weltlichen, so wie die Seele vor dem Leibe, das Geistliche vor dem Zeitlichen, die Sonne vor dem Monde den Vorzug hätte [77]). Nach dieser damahls herrschenden Idee verstand sich's demnach von selbst, daß das von der geistlichen Gewalt authorisirte Gesetzbuch nicht allein in der ganzen Christenheit in geistlichen sowohl als weltlichen Gerichten zur Richtschnur dienen [78]), sondern dasselbe auch vor dem weltlichen oder Justinianeischen Gesetzbuche die Oberhand behalten mußte, wenn es in einzelnen Fällen Collision zwischen diesen beyden Rechten gab [79]). Ja es schien das Canonische Gesetzbuch in Teutschland dop-

77) Man vergleiche aus GRATIANI *Decreto* die ganze Distinct. X. und aus den *Decretalib* GREGORII *IX. cap. 6. de maioritate et obedient.* Auch den Sachsenspiegel 1. Buch 1. Art. und die Glosse desselben.

78) Hierher gehört die Stelle des Schwabenspiegels 1. Buch. Kap. V. Tom. II. *Corp. Iur. Germ. Senckenb.* S. 15. Und als die Päbste und Kaiser zu Concilien und zu Hofen haben gesetzt und geboten aus dem *Decret* und *Decretalen.* Wann aus den zweyen Büchern nimmt man alle die Recht, der geistlichen und weltlichen Gerichten bedarf.

79) Eben diese Folge zieht GRATIANUS, wenn er in seinem *Decreto* nach *Can. 6. Dist. X.* anmerkt: *Ecce quod constitutiones Principum ecclesiasticis Legibus postponendae sunt. Ubi autem evangelicis atque canonicis decretis non obviarint, omni reverentia dignae habeantur.*

pelte Achtung zu verdienen, weil man den Kaiser als dessen eigenes Oberhaupt, und zugleich als den Schutzherren der Römischen Kirche ansahe. Wenn nun gleich freylich diese Gründe meistentheils auf bloß irrige Meinungen des mittlern Alters hinauslaufen, die hauptsächlich aus unrichtigen Vorstellungen von dem Verhältnis der geistlichen und weltlichen Gewalt entstanden sind, so darf doch hierin heutiges Tages nichts geändert werden, da es eines Theils bey der heutigen Gültigkeit der in Teutschland recipirten fremden Rechte eine ausgemachte Wahrheit ist, daß nicht immer mit der Ursache auch ihre Wirkung aufhöre, sondern auch Irrthümer von der gesetzgebenden Gewalt, und dem Ansehen der Gerichtsstühle unterstüzt, ihre Folgen behalten können [80]); andern Theils aber doch auch nicht geläugnet werden kann, daß mit der Aufnahme des Canonischen Rechts in Teutschland allerdings auch die darin vorkommenden Abänderungen des Justinianeischen Rechts in der Regel vom Reiche gebilliget worden sind [81]).

§. 78.

Ausnahmen von der Regel.

Ob nun gleich das Canonische Recht aus den angeführten Gründen noch bis auf den heutigen Tag den Vorzug vor dem römischen behauptet, so ist doch dieses nur von der

80) S. Pütters Abhandlung: Wie die Rechtskraft der in Teutschland üblichen fremden Gesetzbücher zwar im Grunde auf irrigen Meinungen beruhe, aber doch noch fest bestehe: in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte 2. Th. N. XXVI. S. 56. u. folgg.

81) EMMINGHAUS c. l. pag. 17.

der Regel zu verstehen, welche alsdann ihre Ausnahme leidet, sobald in diesem oder jenem Puncte ein unstreitiger und bewährter Gerichtsbrauch dem Römischen Rechte den Vorzug giebt. Daher es ein eben so grosser Fehler ist, wenn einige das Canonische Recht durchgängig und ohne alle Einschränkung dem Römischen vorziehen, als wenn andere, wie z. B. unser Autor, dem Römischen Rechte den Vorzug in der Regel geben wollen, indem diejenigen Fälle, da das Römische Recht den Vorzug vor dem Canonischen behauptet, nur als Ausnahmen von der Regel anzusehen sind. Zu diesen Ausnahmen rechne ich zuförderst, daß die in dem Canonischen Rechte gebilligte Art, ein Testament vor dem Pfarrer und zwey Zeugen zu verfertigen [82]), heutiges Tagen an wenigen Orten, selbst in katholischen Landen, angenommen ist; vielmehr statt derselben die im Justinianeischen Rechte vorgeschriebene Form beobachtet wird [83]). Hierher gehört ferner, daß bey Schenkungen in zweifelhaften Fällen, nicht, wie das Canonische Recht will [84]), eine ausdehnende Erklärung, sondern vielmehr eine einschränkende Auslegung statt findet, und daher die Absicht zu schenken niemahls vermuthet wird, auch die bey der Schenkung gebrauchten Ausdrücke weiter, als der eigentliche Wortverstand erlaubt, nicht verstanden werden können [85]). Noch

82) *cap.* 10. *X. de testam.*

83) S. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccl. Prot. Tom. II. Lib. III. Tit. 26. §. 4. seqq. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. Iurisprud. eccles. P. III. §. 394.

84) *cap.* 6. *X. de donat.*

85) *L.* 25. *pr. D. de probat. L.* 34. *D. de R. I.* MEVIUS P. 2. dec. 18. n. 4. P. 4. dec. 318. n. 3. P. 8. decis. 194. n. 2. LEYSER Spec. 433. med. 1.

mehr: nach dem Canonischen Rechte hat der durch Frauensperſonen geführte Beweiß überall keine Kraft [86]), und dieſe ſind nur ſodann zu vernehmen, wenn ſie entweder an dem Verbrechen dieſes oder jenes Geiſtlichen Antheil genommen haben [87]), oder es darauf ankömmt, eine vorgebliche Irregularität dieſes oder jenes Geiſtlichen zu beweiſen [88]). Allein der Gerichtsgebrauch [89]) ſtimmt mit dem Canoniſchen Rechte auch hierin nicht überein, ſondern läßt es vielmehr bey der Vorſchrift des Juſtinianeiſchen Rechts [90]) lediglich bewenden, nach welcher Frauensperſonen, ſowohl in bürgerlichen als peinlichen Sachen, gültige Zeugen ſind, inſofern nicht etwa die Geſetze, entweder der beſondern Feyerlichkeit der Handlung wegen, wie bey Teſtamenten und Codicillen, oder um einem rechtlichen Geſchäfte das Anſehen einer öffentlichen Beglaubigung zu verſchaffen, wie bey der Verpfändung, das Zeugnis durch Mannsperſonen ausdrücklich erfordern, oder ſonſt eine andere gegründete Ausnahme bewieſen werden kann. Andere Fälle zu geſchweigen, wo noch ſonſt in den heutigen Gerichten nach dem Juſtinianeiſchen und nicht nach dem Canoniſchen Rechte geſprochen

86) *Can.* 17. u. 19. *C. XXXIII. qu.* 5. *Cap.* 10. *X. de V. S.* wo der Grund angeführt wird: *nam varium et mutabile teſtimonium ſemper foemina producit.*

87) *Cap.* 3. *X. de teſt. et atteſt.*

88) *Cap.* 33. *X. eodem.*

89) CARPZOV Pract. rer. crim. Qu. 114. n. 39. BOEHMER in Iure Eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 20. §. 17. CRAMER Tom. III. Obſ. 894.

90) *L.* 18. *D. de teſtib.*

sprochen zu werden pflegt, welche man in der unten angeführten Schrift [91]) beysammen finden wird.

§. 79.

Widerlegung des Autors.

Es sey mir erlaubt, gegen die Meinung unsers Verfassers nur noch einige Erinnerungen zu machen. Wenn nämlich derselbe (§. 81.) in der Regel dem Römischen Rechte den Vorzug vor dem Canonischen geben will, und der Meinung ist, daß lezteres nur in Kirchen-Ehe-Eides-Gewissens- und Proceßsachen vorzuziehen sey; so zweifle ich erstens sehr, ob diese Regel überall zutreffend seyn möchte. Denn daß einmal in Ehesachen das Canonische Recht nicht durchgängig, wenigstens in den protestantischen Gerichten, den Vorzug behaupte, kann ich durch verschiedene Beyspiele beweisen [92]). Einen Beweiß davon giebt zuvörderst die Materie von den Eheverboten wegen der Blutsfreundschaft, wo die Evangelischen die Päbstlichen Rechte nicht annehmen, sondern sich nach der Vorschrift der Mosaischen und Römischen Rechte richten [93]). Ausserdem aber kann

91) Quistorp über die Trüglichkeit des Satzes: daß das Canonische Recht vor dem Justinianeischen unter allen Umständen in den protestantischen Gerichten den Vorzug habe, in einigen auffallenden Beyspielen gezeigt, in den Beyträgen IV. St. N. VIII.

92) S. *Guil. de* HERTOGHE Diatr. de reformatione iuris civ. circa causas matrimoniales a Pontifice Rom. per ius Canonicum perverse tentata. (in *Opusc.* a *Io.* WUNDERLICH edit.) p. 61. seqq.

93) S. SCHOTT Progr. de auctoritate iur. canon. inter Evangelicos pag 19. und Moser von der teutschen Religionsverfassung 1. Buch. 2. Kap. §. 13.]

kann man auch den Vergleich wider die Ehe hierher rechnen, als welcher, unter gewissen Einschränkungen, bey den Protestanten allerdings erlaubt ist, wie am gehörigen Orte gezeigt werden wird, dahingegen das Canonische Recht solchen schlechterdings verwirft [94]). Sodann ist der Satz, daß das Canonische Recht in der Lehre vom Eide dem Römischen durchaus vorgehe, ebenfalls noch vielen Zweifeln unterworfen, und schon von Andern [95]) das Gegentheil so bündig dargethan worden, daß man es sicher für erwiesen annehmen darf. Ich werde auch hiervon zu seiner Zeit bey dem §. 341. umständlicher handeln. Daß endlich im Proceß dem Canonischen Rechte nicht ohne alle Ausnahme der Vorzug vor dem Römischen eingeräumt werden könne, beweißt das bereits in vorhergehendem §. angeführte Beyspiel vom Zeugenbeweise; bey welchem wir heutiges Tages die Verordnungen des Justinianeischen Rechts befolgen. So schließt ferner das Canon. Recht die Layen vom Zeugniß gegen Geistliche aus, wenn von peinlichen Fällen die Rede ist [96]). Allein das Röm. Recht läßt auch Layen als gültige Zeugen zu, und dieß befolgen wir in der Praxi [97]). Eben so kann

94) *Cap. ult. X. de transact.*

95) THOMASIUS Institut. iurispr. div. Lib. II. c. 9. §. 14 seqq. AYRER de abusu iuramentorum §. 33. seqq. Hr. Prof. MALBLANC. in doctrina de iureiurando Ljb. V. pag. 499. seqq. Christ. Friedr. Schorcht von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen. Jena 1786. 4. Prof. Weber system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 10. Abschn. §. 123. S. 559. ff.

96) *Cap. 14. X. de testib.*

97) S. *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 20. §. 16.

kann nach Canon. Rechten kein Zeuge, auch nicht einmal in peinlichen Fällen, genöthiget werden, ein Zeugniß abzulegen [98]); anders nach dem Röm. Rechte [99]), welches die Praxis annimmt [100]).

Es ist jedoch die Regel unsers Autors, wie hieraus genugsam erhellet, nicht nur unzutreffend, sondern auch zum andern sehr unbestimmt und schwankend. Denn was sind z. B. Kirchensachen? was sind Gewissenssachen? wer weiß nicht, wie ausgedehnt und überspannt hiervon die Begriffe des Päbstlichen Rechts sind, dem es nie am Anstrich und Prätext gefehlt hat, auch blos weltlichen Sachen die Gestalt von geistlichen und kirchlichen zu geben, nur um die Grenzen der päbstlichen und geistlichen Gerichtsbarkeit zu erweitern [1])? Bahnt also nicht die Regel unsers Autors den Weg zu neuen Schwierigkeiten oder Irrthümern? Endlich ist auch jene Regel viel zu seicht, als daß sie diejenigen Fälle ganz erschöpfen sollte, in welchen dem Canonischen Rechte der Vorzug vor dem Römischen wirklich beygeleget wird. Wem ist wohl unbekannt, daß auch in der Lehre von der Legitimation unehelicher Kinder, den Verträgen, der Emphyteusis, der Verjährung,

98) *Cap.* 10. *X. de testib. cog. vel non.*

99) *L.* 4. D. *de testib.*

100) Man sehe hier vorzüglich *Mich. God.* WERNHERI Diss. de auctoritate iuris canonici in processualibus. *Vitemb.* 1759.

1) S. Hofr. Schnaubert's kurze Entwickelung des Begriffs von geistlichen Sachen überhaupt, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechte. 1. Th. N. 2. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 244.

rung, dem Abzug der Trebellianischen Quarte bey Fideicommissarischen Erbschaften, der Verbindlichkeit der Erben zur Erstattung des durch ein Verbrechen des Verstorbenen angerichteten Schadens, und so mehr, das Canonische Recht dem Römischen unwidersprechlich vorgezogen werde?

§. 80.

Collision unter mehrern Gesetzen des nämlichen Gesetzbuchs 1) des Canonischen. 2) des Römischen.

Noch ist zu erörtern übrig, in welchem Verhältnisse einzelne Stellen des Canonischen oder Römischen Gesetzbuchs unter sich selbst stehen? Wie, wenn also erstlich die gesetzlichen Vorschriften in dem corpore iuris canonici unter sich in Collision gerathen, welche gehet der andern vor? Wir müssen einen Unterschied machen, ob sie in verschiedenen Sammlungen, oder in eben derselben Sammlung enthalten sind [a]). Im erstern Falle gehet in der Regel die neuere der ältern vor; daraus folgt, daß die Clementinen dem libro sexto Decretalium Bonifacii VIII. dieser den Decretalen P. Gregors IX. und diese wieder dem Decret des Gratians derogiren. Nur die sogenannten Extravaganten machen eine Ausnahme von dieser Regel: denn wenn gleich die in unserm Canonischen Gesetzbuche befindlichen beyden Sammlungen derselben der Zeit ihrer Compilation nach die jüngsten sind, so kann doch die Gültigkeit derselben, da sie bloße Privatsammlungen sind, die nicht unter päbstlicher Auctorität

a) S. meine Praecognita iuris eccles. pag. 130. und NETTELBLADT Systema element. iurispr. positivae generalis Lib. I. Sect. III. §. 180. n. 2.

rität verfertiget worden, nicht nach dem Orte, den sie im Korpus Juris behaupten, sondern nur nach dem eigenen Zeitalter einer jeden einzelnen Verordnung beurtheilet werden [3]). Im andern Falle, wenn der Widerspruch unter Stellen ebenderselben Sammlung ist, so müssen dieselben durch eine geschickte Auslegung, wobey auf die Verschiedenheit der Zeit, des Orts, der Person und des Grundes Rücksicht zu nehmen [4]), mit einander vereiniget werden [5]). Wenn demnach die eine Verordnung ganz allgemein lautet, die andere aber sich auf einen besondern Ort und die daselbst üblichen besonderen Rechte und Gewohnheiten, oder auf eine besondere Classe von Personen sich beziehet, und von deren Gerechtsamen oder Verbindlichkeiten disponirt, so wird man in einer solchen Collision die gemeine und besondere Verordnung nach eben dem Verhältniß, wie Regel und Ausnahme, beurtheilen, hingegen unter zwey gemeinen, oder zwey besondern Verordnungen derjenigen den Vorzug geben müssen,

3) *Lud.* ENGEL in Collegio universi iur. canon. Lib. III Tit. V. §. 4. n. 52. in fine. — *Extravagantes, cum nullius Pontificis auctoritate compilatae sint, debent referri ad suos auctores, et tempus, quo datae sunt.*

4) *Can.* 1. 2. u. 3. *Dist. XXIX.* — Sciendum est, quod pleraque capitula ex causa, ex persona, ex loco, ex tempore consideranda sunt, quorum modi, quia medullitus non indagantur, in erroris Labyrinthum nonnulli intricando impinguntur.

5) ENGEL im angeführten Buche Prooem. n. 18. *Quodsi in recensitis iuris canonici partibus constitutionum antinomia reperiatur, eaque sit in unius Pontificis compilatione v. g. si uterque contradicens canon sit in Decretalibus, vel in Sexto aut Clementinis, per congruam interpretationem conciliatio facienda est.*

müſſen, welche die neuere iſt, nach der Regel: lex poſterior derogat priori [6]). Sind ſie gleichen oder ungewiſſen Alters, ſo muß der Gerichtsgebrauch, oder, wenn auch dieſer zweifelhaft ſeyn ſollte, die Rechtsanalogie den Vorzug der einen vor der andern entſcheiden [7]).

Faſt dieſelbigen Grundſätze, nur mit wenigem Unterſchiede, ſind anzuwenden, wenn unter mehreren Geſetzen des corporis iuris Romani ein Widerſpruch vorhanden iſt. Auch hier kommt es zunächſt darauf an, ob der Widerſpruch unter den Geſetzen verſchie-

6) *Cap.* 1. *de conſtitut. in 6to.* — Licet Rom Pontifex, conſtitutionem condendo poſteriorem, priorem, quamvis de ipſa mentionem non faciat, revocare noſcatur: Quia tamen *locorum ſpecialium* et *perſonarum ſingularium conſuetudines* et *ſtatuta*, (cum ſint facti, et in facto conſiſtant) poteſt probabiliter ignorare: *ipſis*, dum tamen ſint rationabilia, *per conſtitutionem a ſe noviter editam* (niſi expreſſe caveatur in ipſa) *non intelligitur in aliquo derogare.*

7) NETTELBLADT Syſtem. elem. iurisprud. poſit. Germ. commun. §. 180. nr. 2. pag. 104. In verſchiedenen Canonen des Gratianiſchen Decrets, als *can.* 28. *Diſt. L.* und *can.* 11. *Cauſ. XXXIII. qu.* 2. welche jedoch aus einerley Quelle gefloſſen, wird inſonderheit bey vorkommender Uneinigkeit in den Concilienſchlüſſen noch die Regel gegeben: *ut, quotiescunque in geſtis conciliorum diſcors ſententia invenitur, illius concilii magis teneatur ſententia, cuius aut antiquior, aut potior extat auctoritas.* Allein das Schreiben des Iſidors an den Biſchof Maſſanus oder Maſſio, woraus die angeführten beyden Stellen entlehnt ſeyn ſollen, iſt noch groſſen Zweifeln unterworfen. Man vergleiche hier das vortrefliche Werk des *Car. Sebaſt.* BERARDI über Gratiani canones Part. III. Cap. XXVII. pag. 406. (edit. Venet. 1777.)

schiedener Sammlungen, oder eben derselben Sammlung befindlich ist. Ist das erstere, so gehet das neuere Recht dem ältern vor. Für das neuere Recht aber wird in dem Falle, da der Widerspruch unter den Gesetzen verschiedener Sammlungen des Justinianeischen Rechts obwaltet, dasjenige gehalten, welches in der jüngern Sammlung enthalten ist. Diesem zu Folge gehen also I) die Novellen des K. Justinians, als die allerneuesten Gesetze, allen übrigen Verordnungen des Justinianeischen Rechts vor, welche in den vorhergehenden Sammlungen, als dem Codex, den Pandecten und Institutionen des Justinians, enthalten sind. Jedoch ist dieses nur von den glossirten Novellen zu verstehen, indem es, was die nicht glossirten anbetrift, aus dem schon oben (S. 344.) angeführten Grunde bey den Verordnungen des Codex in Praxi lediglich verbleiben muß. Der Fall kommt z. B. bey den Zinsen, die das Capital übersteigen (usurae ultra alterum tantum), vor, welche der Gerichtsgebrauch nicht schlechterdings für unerlaubt erklärt, wofür sie Justinian Nov. 121. cap. 1. angesehen wissen will, sondern es bey der Einschränkung der L. 10. C. de usuris bewenden läßt [8]). II) Aus dem obigen Grundsatz folgt weiter, daß der Codex den Institutionen und Pandecten derogirt. Zwar möchten, wenn wir auf das eigene Zeitalter der einzelnen Verordnungen des Codex sehen dürften, unter der grossen Zahl derselben nur wenige gefunden werden, welche der Pro-

8) STRYK Us. Mod. Pand. Tit. de Usuris §. 17. a PUFENDORF Tom. I. Obs. 14. §. 4. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XXII. Tit. 1. Qu. 7. Struben rechtliche Bedenken Th. III. Bed. 33. Quistorp Beyträge II. Stück. Nr. IX. S. 157. u. a. m.

Promulgation nach jünger als die Institutionen und Pandecten sind, d. i. welche erst nach dem Jahr 533. in welchem beyde die gesetzliche Bestättigung erhalten haben, wären gegeben worden; indem vielmehr das Datum der meisten Constitutionen des Codex, welche eine Subscription haben, zu erkennen giebt, daß sie schon vor dem bemerkten Jahr, mithin vor den Institutionen und Pandecten, sind bekannt gemacht worden. Kein Wunder ist es also, wenn es Rechtsgelehrte giebt, welche einer andern Meinung sind, und dem Codex nur in sofern den Vorzug vor den Pandecten und Institutionen lassen wollen, als die einzelnen Gesetze desselben neuer sind. Unter denen, die dieses behaupten, wird nicht leicht einer gefunden werden, der angelegentlicher die Beweise für diese Meinung zusammengesucht hätte, als Galvanus [s]), weil es ihm nahe gieng, quod, wie er sagt, licet iam diu in Italia et in Germania non defuerint, qui contrarium errorem interpretum cum maxima Iurisprudentiae utilitate profligaverint, adhuc tamen multi ita hebetes sunt ac stolidi, ut frugibus inventis glandes quaerant, et suum more in veteris inscitiae coeno volutentur. Allein Galvan mag sagen, was er will, so wird seine Meinung bey den heutigen Rechtsgelehrten schwerlich einigen Beyfall finden. Denn kann es Galvanus selbst nicht läugnen, daß die gesetzliche Kraft der Pandecten erst von der Zeit an zu rechnen sey, da sie promulgiret worden sind, wenn gleich das darinn enthaltene Recht ungleich älter ist, und aus sehr mancherley Zeitperioden herrührt, so muß doch wohl ein gleiches von dem Codex des K. Justinians gelten. Da nun

[s]) de Usufructu Cap. XXXI. n. IX. pag. 398 — 416.

nun derselbe ein ganzes Jahr später, als die Pandecten und Institutionen, nähmlich im Jahr 534. bekannt gemacht worden (§. 53.), mithin ganz unläugbar als ein neueres Gesetzbuch anzusehen ist, so ist natürlich, daß derselbe beyden, den Pandecten wie den Institutionen, derogiren müsse, um so mehr, da Justinian selbst in dem Promulgations-Edict des neuen Codex §. 4. sagt: *purgatum iam et candidum, omnibus et circumductis et additis et repletis, nec non transformatis, factum esse Codicem* [10]). III) Wenn die Pandecten und Institutionen in einer Rechtsmaterie nicht mit einander übereinstimmen, so gehen die Pandecten als die Quelle und das Original den Institutionen vor, in sofern leztere dunkel sind, oder wohl gar unrichtig aus den erstern excerpiret worden. In sofern aber die Institutionen eine offenbare Abänderung, oder authendische Interpretation der Pandecten enthalten, sind dieselben, als ein neueres Recht, den Pandecten billig vorzuziehen. Die Beweise für diese Sätze liegen in dem Obigen [11]) (§. 51.). Hier will

10) S. *Ioach.* HAGEMEIER de authoritate iuris civ. et canon. Cap. V. BRUNQUELL Histor. iuris P. II. cap. 9. §. 18. 19. 20. WALCH Introduct. in controvers. iuris civ. Proleg. Cap. I. §. 3. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 16. HAUBOLD Praecogn. iur. Rom. §. 16.

11) S. *Hubert.* BREUER Disquis. hist. iurid. qua vera Institutionum I. R. textus auctoritas contra erroneam quorundam opinionem vindicatur. *Bonnae* 1784. §. XI. XII. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. in Prolegom. Cap. I. §. 4. Vorzüglich aber HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. VI. med. 3. Es läßt sich daher nicht mit COCCEJI in iure civ. controv. Prol. Qu. 5. n. 11. schlechthin behaupten, daß die Institutionen ohne Ausnahme den Pandecten derogiren. S. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. z. pag. 11.

will ich also nur noch einige Beyspiele hinzufügen. So z. E. wird man in dem §. 39. I. de rerum divis. wegen des Schatzfindens eine ganz absichtliche Abänderung der L. 3. §. 10. D. de iure fisci gewahr werden, daß daher die Stelle der Institutionen hierin vorzüglichern Inhalts sey, hat keinen Zweifel [12]); und vergeblich ist alle Mühe derjenigen gewesen, die beyde Stellen mit einander zu vereinigen gesucht haben [13]). So erhält ferner die L. 34. §. 2. D. de Legat. 1. ihre authendische Erläuterung aus dem §. 6. I. de Legat. und der §. 9. I. eodem bestimmt den rechten Sinn der L. 82. §. 2. und 3. D. de Legat. 1. vortreflich [14]). Im Gegentheil behauptet die L. 7. §. 7. D. de acquir. rer. dom. den Vorzug billig vor dem §. 25. I. de rer. div. in welchem die Verfasser der Institutionen das Dreschen des Getraides irrig zur Specification rechnen.

Wenn nun aber der Widerspruch unter einzelnen Stellen in einerley Sammlung ist; so kommt es wieder darauf an, ob Gesetze im Codex, oder in den Novellen mit einander streiten, dann geht es nach der Regel: *lex posterior derogat priori;* oder ob Stellen in den Pandecten sich widersprechen, in diesem leztern Falle läßt sich entweder das Zeit-

12) Dieser Meinung sind ausser Cujaz, *Ian. a* COSTA, *Theod.* MARCILIUS, *Reinh.* BACHOVIUS, *Ev.* OTTO u. a. m. S. *Christ. Gottl.* RICHTER Exercit. iur. civ. de iure thesauri a mercenario inventi. *Lipsiae* 1773. Cap. I. §. 4.

13) Z. B. CHARONDAS Lib. I. Verisimil. cap. 21. GALVANUS de Usufructu cap. XXX. *van de* WATER Observat. iur Rom. Lib. III. cap. 3. Diese widerlegt aber RICHTER a. a. O.

14) S. *van de* WATER Lib. III. Observat. cap. 10.

Zeitalter der sich widersprechenden Rechtsgelehrten bestimmen, oder nicht, im erstern Falle muß eben wieder die Regel gelten, das neuere Recht ist dem ältern vorzuziehen. Man untersuche also das Zeitalter der dissentirenden Rechtsgelehrten, und nehme die Meinung desjenigen Rechtsgelehrten zur Entscheidungsnorm an, welcher dem Zeitalter nach jünger ist [15]). Auf solche Art wird man viel Antinomien in den Pandecten heben können, wo jede andere Art der Conciliation unmöglich ist [16]). Ein treffen-

15) S. PÜTTMANNI Miscellan. ad ius pertinent. Specim. XII. cap. 23. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar behaupten, daß auf das Zeitalter der Rechtsgelehrten in den Pandecten nichts ankomme, weil Justinian allen Rechtsgelehrten, aus deren Schriften er seine Pandecten zusammentragen lassen, gleiches Ansehen ertheilt, und sich ihre Meinungen zu eigen gemacht hat. S. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. in Proleg. §. 4. MERCERIUS in Conciliatore LL. p. 126. und *Io. Bern.* KOEHLER in Praetermissis ad Constitutionem *Δέδωκεν. Regiomonti* 1781. p. 31. Allein diese Meinung ist längst von *Bern. Henr.* REINOLD in notis ad *Mercerium* l. c. und PÜTTMANN c. l. widerlegt worden. Mit Recht sagt auch ECKHARD in Hermeneut iuris Lib. I. cap. I. §. 43. *Quamquam* IUSTINIANUS *omnia, quae in Pandectis continentur, sua fecit, tamen auctoritate sua efficere non potuit, ut duae constitutiones contrariae eodem tempore vim legis obtineant, quippe quod cum ipsa rei natura pugnat. Quodsi verum est, et constare tamen non potest, utra lex sit prior, aut posterior, nisi temporis habeatur ratio, unusquisque facile intelligit, non vetare eo dicto potuisse* IUSTINIANUM, *ut in aetatem et doctrinam ICtorum diligenter inquiramus.* Siehe auch REINOLD in Opuscul. pag. 557.

16) S. *Henr.* BRENCMANNI Disp. de Legum inscriptionibus §. 22. in *Abr.* WIELINGII Iurisprud. restituta P. II. pag. 168. BYNKERSH-

des Beyſpiel geben uns die L. 17. D. de duobus reis, L. 54. §. ult. und L. 124. D. de Legat. I. wo die Meinung des Paulus in der L. 17. als eines ſpätern Rechtsgelehrten der Meinung der andern beyden ältern Rechtsgelehrten, des Neratius und Pomponius, allerdings vorgezogen werden muß [17]). Eben ſo verdient die Meinung des Javolens in der L. 39. D. de Legat. II. billig vor der Meinung des Celſus in der L. 79. §. 2. De de Legat. III. den Vorzug, denn Javolen iſt dem Zeitalter nach jünger als Celſus. Aus dem nämlichen Grunde geht die Meinung des Ulpians in der *L. 6. pr. D. communi. praedior.* der Meinung des Pompons in der L. 8. D. eodem vor; mehrere Beyſpiele zu geſchweigen [18]). In den lezterm Falle hingegen, da durch das Zeitalter der Diſſenſus nicht gehoben werden kann, befolge man diejenige Meinung, welche mit der Rechtsanalogie und Billigkeit am meiſten übereinſtimmt, und wo dieſes auch nicht auszumachen wäre, ſo nehme man ſeine Zuflucht zur höchſten Entſcheidung des Landesherrn [19]). Ueberhaupt iſt jedoch bey vorkom-

KERSHOECK Obſervat. Iur. Rom. Lib. I. c. 5. REINOLD in Opuſc. pag. 559. und HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. III. cap. 5. pag. 401.

17) FÜTTMANN in Probabil. iur. civ. Lib. II. c. 3. pag. 25. ſeqq.

18) S. MEISTERI Orat. de ſtudii iuris Rom. chronologici neceſſitate (in *Sylloge Opuſc* T. I Nr. XI. et XII.) SCHNEIDT Diſſ. ſiſtens artem conciliandi leges in ſyſtema redactam. *Wirceb.* 1776. und FÜTTMANN Miſcellan. iur. cap. 23.

19) NETTELBLADT Syſtem. elem. iurisprud. poſitivae Germ. gen. Lib. I. Sect. III. §. 180. nr. 1. pag. 104. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 42. in fin.

kommenden Antinomien viel Behutsamkeit nöthig, damit man nicht scheinbare Widersprüche mit wahren vermischt. Denn zuweilen kann ein Widerspruch bloß von der Unrichtigkeit der Lesart herrühren, wovon die L. 34. §. 4. D. de iureiur. ein Beyspiel giebt, welche zwar der L. 8. §. 5. D. Qui satisdare cog. und der L. 7. §. 3. D. de obsequ. parent. et patron. praest. entgegen ist, allein nur darum, weil die meisten Ausgaben der Pandecten eine falsche Lesart enthalten; denn lieset man mit Haloander und den Basiliken hoc iusiurandum de calumnia AEQUE patrono AC parentibus remittitur, so verschwindet aller Widerspruch [20]). Zuweilen hat man auch Stellen in den Pandecten für widersprechend gehalten, in denen doch die Verschiedenheit der zum Grunde liegenden factischen Umstände eine ungleiche Entscheidung nothwendig machte. Man untersuche also vor allen Dingen den Inhalt solcher Gesetzstellen, die man für contradictorisch hält, und man wird finden, wie wahr es sey, was Justinian in seiner Constitution *de confirmatione Digestor* §. 15. sagt: nämlich daß aller anscheinende Widerspruch verschwinden werde, *si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet.* Zum Beyspiel können die L. 41. D. de pign. act. und L. 22. D. de pign. et hyp. [21]) ferner die L. ult. D. de condict. caus. data caus. n. sec. und L. 5. §. 1. D. de praescr. verb. [22]) dienen, deren Widerspruch auf solche Art gar

20) ECKHARD Hermenevt. iur. Lib. I. cap. 7. §. 283. und WALCH ad *Eundem*.

21) SAMMET Quaestion. for. Qu. 3. in *Opusc.* pag. 254.

22) Siehe den 4. Band dieses Commentars §. 326 b. Not. 59 S. 384.

leicht gehoben werden kann, wie ich zu seiner Zeit darthun werde.

§. 81.

Rechtsanalogie. Naturrecht. Verhältniß zwischen Gesetzbüchern und Gewohnheitsrechten.

Allein — wird man zuletzt noch fragen, wie? wenn uns alle diese Gesetze verlassen sollten, von welchen wir bisher geredet haben, was werden dann für Normen des bürgerlichen Privatrechts gelten? — die Rechtsanalogie? daß diese als eine Quelle des bürgerlichen Privatrechts anzusehen, will ich gar nicht läugnen. Allein da der Grund aller Analogie des Rechts auf der Uebereinstimmung mit der Absicht und dem Willen des Gesetzgebers beruhet, (§. 37.) so darf man wohl nicht sagen, daß uns bey Entscheidung eines Rechtsfalles die Gesetze verliesen, so lange uns noch der Weg der Analogie offen stehet. Wer mir nicht glauben will, traue wenigstens den Worten Ulpians [23]), der uns lehrt: *verbum ex legibus sic accipiendum esse, tam ex legum sententia, quam ex verbis.* Und diese Rechtsanalogie wird daher auch in der Ordnung denjenigen Platz einnehmen, wo das Recht stehet, von dessen Analogie die Rede ist.

Wie soll also in Ermangelung positiver Privatgesetze bestimmt werden, was in einem Falle recht oder unrecht, wozu dieser verbunden, jener berechtiget sey? — Da ist nun die letzte Zuflucht zu demjenigen Recht zu nehmen, welches die gesunde Vernunft jeden Menschen lehrt [24]). Denn daß

23) *l. 6. §. 1. D. de Verbor. Signif.*

24) *Ubi enim iuris civilis aut positivi cuiuscunque deficit definitio, ibi Iuris Naturalis dispositio defectum supplet*, sagt

ENDRES

daß das Naturrecht auch in der bürgerlichen Gesellschaft gelte, ist eine unbestrittene Wahrheit (§. 17.). Indes bleibt dieses doch immer nur die letzte Zuflucht. Sollten daher ungeschriebene Gesetze, d. i. rechtsbewährte und erwiesene Gewohnheiten vorhanden seyn, so stehen diese mit geschriebenen Gesetzen in einerley Verhältniß, und dienen, wenn sie sonst nur nicht den guten Sitten, der Religion und der gemeinen Wohlfarth entgegen, und aus solchen Gründen etwa verwerflich sind, in sofern allerdings zur Entscheidung.

Wie aber, wenn die Gesetzbücher und Gewohnheitsrechte in Collision gerathen? Wie, wenn Gebräuche, die ohne ausdrückliche Genehmigung der höchsten Gewalt in Gang gekommen sind, mit dem, was geschriebene Gesetze enthalten, im Widerspruch stehen, wie wird das Verhältniß derselben gegen einander seyn? Da wir über diesen Gegenstand schon eine vortrefliche Abhandlung [25]) haben, so darf ich mich hier ganz kurz fassen. Es ist nichts ungewöhnliches, daß eine vom geschriebenen Gesetze abweichende Gewohnheit, wenn sie sonst nur die erforderlichen Eigenschaften eines ächten Gewohnheitsrechts an sich trägt, selbst über die ausdrückliche Vorschrift der Gesetze die Ober-

ENDRES in seiner vortreflichen Diss. de necessario iurisprudentiae naturalis cum ecclesiastica nexu, et illius in hac usu. *Wirceb.* 1761. Cap. I. §. XIX. (in SCHMIDT *Thes. Iur. Eccles.* T. I. N. I. pag. 16.)

25) Pütters Abhandlung vom Verhältnisse zwischen Gesetzbüchern und Gewohnheitsrechten, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte II. Th. N. XXI. S. 1—22.

hand gewinnt. Nur muß solche entweder neuer, als das geschriebene Gesetz seyn, und, daß sie vom Landesherrn wirklich gebilliget sey, deutlich erwiesen werden können; oder, wenn selbige etwa schon vorher in einem Lande festen Fuß gefaßt haben sollte, ehe darin ein Gesetzbuch eingeführt wurde, gewiß seyn, daß sie sich im Gebrauch erhalten habe. Denn da Gewohnheiten immer nur auf der Frage beruhen: wie es bisher gehalten worden sey? mithin eine historische Kenntniß erfordern, die ungleich grössere Schwierigkeit hat, als die Kenntniß eines schriftlich abgefaßten allgemeinen Rechtssatzes; so wird in Widerspruchsfällen die Vermuthung immer für die Gültigkeit des geschriebenen Gesetzes streiten, bis die entgegenstehende Gewohnheit durch den Beweis ihrer unwandelbaren Observanz in völlige Gewißheit gesetzet worden ist. Es werden diese Sätze durch den folgenden Titel ein mehreres Licht erhalten, in welchem die Lehre vom Gewohnheitsrecht erklärt werden wird.

Lib. I. T. III.

De Legibus, Senatusconsultis et longa consuetudine.

Der größte Theil der unter dieser Ueberschrift in unsern Pandecten gesammleten Fragmente der römischen Rechtsgelehrten enthalten allgemeine Grundsätze von der Natur, Auslegung und Anwendung positiver Gesetze, und in so weit haben wir schon in dem ersten Titel unsers Commentars davon Gebrauch gemacht. Allein die L. L. 32 — 39. handeln vom Gewohnheitsrechte, und diese, verbunden mit dem Titel des Codex: *quae sit longa consuetudo*, machen die Quellen der jetzt zu erörternden Rechtslehre aus. Auch im Canonischen Gesetzbuche finden wir hierher gehörige Stellen, denn nicht nur die Decretalen Gregors IX. sondern auch der liber sextus Bonifacii VIII. enthält einen Titel *de consuetudine.* (Lib. I. Tit. 4.) Jedoch ist bey dem Gebrauch dieser Quellen eine doppelte Vorsicht nöthig; a) daß man dabey jederzeit auf teutsche Verfassung, und deren Unterschied von der römischen Rücksicht nimmt. Ohne diese Regel zu beobachten, ist es unmöglich, diejenigen Irrthümer zu vermeiden, die wir in der Materie vom Gewohnheitsrechte nach der gewöhnlichen Vorstellungsart finden. Bey den Römern, wo die Gerichte öffentlich vor den Augen des Volks, in dessen Händen sich die gesetzgebende Gewalt befand, gehalten wurden, und wo in der Folge die Kaiser selbst sich mit Entscheidung der Rechtshändel beschäftigten, konnte man immer

mit

mit mehrerer Gewißheit aus der öfteren Wiederholung gleichförmiger Handlungen, wenn kein Widerspruch geschahe, den stillschweigenden Willen des Gesetzgebers annehmen, als bey uns, wo die Landesherrn von dem Verfahren der Gerichte selten eine solche Wissenschaft haben. Es dürfte also heutiges Tages das Argument von dem Stillschweigen des Landesherrn auf desselben Genehmigung ziemlich unsicher seyn, wenn nicht zu erweisen stehet, daß die Gewohnheit, wovon die Frage ist, wirklich zur Wissenschaft des Landesherrn gekommen, indem, wenn dieselbe geschriebenen Gesetzen gerade entgegen gehen sollte, der Buchstabe des Gesetzes sodann immer einen überwiegenden Beweis von dem Gegentheil abgeben würde. Bey den Römern traten überhaupt noch andere Umstände hinzu, die sie gewissermassen in die Nothwendigkeit setzten, Gewohnheitsrechte gelten zu lassen, nämlich der Mangel an geschriebenen Gesetzen, deren Unzulänglichkeit, und die Schwierigkeiten, welche mit der Legislation auf den Comitien verbunden waren; sie nahmen überdies Gewohnheitsrechte weit lieber, als geschriebene Gesetze, an, weil erstere, als Früchte der Autonomie, der Freyheit des Volks mehr schmeichelten, als die letztern, deren drohende Worte in aufgehangenen ehernen Tafeln gelesen wurden [z]). Man wird sich nun hieraus erklären können, warum das ius civile Romanorum, quod sine scripto usus comprobavit, wie Justinian [a]) sich

z) Man sehe hier die elegante Abhandlung des Hrn. Dir. Zepernicks de rerum perpetuo similiter a centumviris iudicatarum auctoritate §. 10. (adj. SICCAMAE libro *de iudicio centumvirali* pag. 331. seq.) und *Rud. Christ.* HENNE Diss. de morum ad Leges Romanas habitu ac relatione. *Erford.* 1766.

a) §. 9. *I. de I. N. G. et C.*

sich ausdruckt, von jeher ungleich reichhaltiger an Rechtswahrheiten, als das geschriebene Recht, gewesen. b) Eine zweyte Vorsicht, bey heutiger Anwendung jener fremden Rechte in der Lehre vom Gewohnheitsrecht ist, daß man in den einzelnen Gesetzstellen immer auf die Bedeutung des Worts consuetudo genau Acht gebe; denn daß die Gesetzgeber dieses Wort nicht überall im eigentlichen Sinne genommen haben, wird sich in der Folge zeigen. Hätte man hierauf mehrere Aufmerksamkeit verwendet, so würde vielleicht mancher Zweifel über den Verstand dieser oder jener Gesetzstelle leichter gehoben, ja mancher Irrthum vermieden worden seyn. Die Fabel von der Präscription der Gewohnheitsrechte giebt ein deutliches Beyspiel davon. Uebrigens ist die Lehre vom Gewohnheitsrechte desto wichtiger, je grössern Einfluß sie auf das Ansehen der geschriebenen Gesetze hat, welches, wenn besonders von den fremden in Teutschland recipirten Gesetze die Rede ist, oft nur gar zu voreilig unter dem Schilde entgegenstehender Rechtsgewohnheiten und Observanzen bestritten zu werden pflegt. Unter den diese Materie erläuternden academischen Schriften will ich ausser denen, die in Lipenius, und Schotts Supplementen stehen, nur noch folgende anführen: *de* SENCKENBERG de iure observantiae ac consuetudinis in causis publicis privatisve *Giessae* 1743. *Ger. von dem* BUSCH diss. de consuetudine, unde et quando vim legis obtineat *Goettingae* 1752. rec. *Halae* 1773. *Car. Christoph.* HOFACKER D. de iure consuetudinis secundum doctrinam iuris naturalis et romani. *Tubingae* 1774. und *Io. Nic. Corn.* GUILLEAUME Diss. theor. pract. de consuetudine. *Duisburgi* 1796. 4.

Dieses

Dieses vorausgeschickt schreiten wir nunmehr zur Abhandlung der Lehre vom Gewohnheitsrechte selbst, und erinnern nur noch, daß hier bloß vom Privatgewohnheitsrechte die Rede sey, indem die Materie vom Staatsherkommen, welches von jenem ganz unterschieden ist, in das Gebiet des teutschen Staatsrechts gehört, mithin eigentlich ausser unserer Sphäre liegt.

§. 82.

Eintheilung des Rechts in geschriebenes und nicht geschriebenes. Erläuterung der §. 3. u. folgg. *I. de I. N. G. et C.* und *L.* 32. *et* 35. *D. de LL.*

Es ist eine nicht nur in den Gesetzen ausdrücklich enthaltene [3]), sondern auch sehr wichtige Eintheilung des Rechts, wenn solches, für Gesetz genommen, in ein geschriebenes (ius scriptum, lex scripta), und nicht geschriebenes (ius non scriptum, lex non scripta) eingetheilt wird. Diese muß zuerst erkläret werden, weil sie bey dem Begriffe des Gewohnheitsrechts, als welches, wie Justinian [4]) sagt, ex non scripto venit, zum Grunde liegt. Die Begriffe der Rechtsgelehrten stimmen jedoch darinn nicht überein, was eigentlich geschriebenes und nicht geschriebenes Recht zu nennen sey. Die meisten sagen, das ius scriptum sey ein solches Recht, was ausdrücklich vom Gesetzgeber ist bekannt gemacht worden; ius non scriptum sey hingegen dasjenige, welches mit stillschweigender Einwilligung des Gesetzgebers durch Gewohnheit

3) §. 3. *I. de I. N. G. et C.* *L.* 6. §. 1. *D. de Iust. et Iure.* *L.* 32. *D. de LL.*

4) §. 9. *I. de I. N. G. et Civ.*

heit entstanden ist. Die Scriptur sey also bey einem geschriebenen Gesetz nichts wesentliches [5]). Eben dieses scheint auch die Meinung unsers Verf. zu seyn. Andere [6]) verwerfen hingegen diese Begriffe schlechterdings, und glauben, daß solche dem römischen Sprachgebrauche ganz zuwider wären; nach diesem sey vielmehr ius scriptum dasjenige Recht zu nennen, was schriftlich aufgezeichnet ist; ius non scriptum aber heisse ein solches, welches blos durch das Gedächtniß und den Gebrauch, ohne schriftlichen Aufsatz, erhalten wird [7]). Noch andere [8]) wollen auch diese Begriffe nicht ganz billigen, sondern erfordern zu einem geschriebenen Rechte im Sinne des römischen Rechts, erstens, daß es sich auf den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers gründe, und zweytens, daß es schriftlich abgefaßt sey. Insonderheit aber sey in den ältesten Zeiten der Römer ius scriptum dasjenige Recht genennet worden, was feyerlichst durch die Stimmen des Volks auf den Comitien als

5) WESTENBERG Princip iuris sec. ord. Institution. Lib. I. Tit. II. §. 24. sagt: SCRIPTUM *dicitur, quia plerumque scribi solet: Scriptura enim non est de essentia legis.* Man sehe auch HUBER Praelect. Institut. *tit. de iur. nat. gent. et civ.* §. 7.

6) Dieser Meinung sind *Christ. Lud.* CRELL Observat. de origine et virtute iuris non scripti. *Vitemb.* 1759. § 1. und GEBAUER *Ord. Institut. Iustinian.* Lib. I. Tit. II. §. 7. seqq.

7) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 102. pag. 84 — SCRIPTUM IUS dicitur, quod *in scripturam comprehensum* custoditur; NON SCRIPTUM vero, quod *memoriae tantum mandatur*, ut pro lege observetur.

8) Besonders *Gottl.* STURM in Diss. de distinctione iuris scripti et non scripti antiquitati restituta. *Ienae* 1725. inter EIUS *Dissertat. Ienens. Vitembergae editas.* pag. 20. seqq.

als Gesetz gebilliget, und in ehernen Tafeln aufgezeichnet worden; in den neuern Zeiten aber habe man mit diesem Namen dasjenige Recht bezeichnet, was vom Kaiser selbst, oder wenigstens unter der Auctorität und mit ausdrücklicher Genehmigung desselben schriftlich wäre bekannt gemacht worden. Alles dieses bestätige die unten angeführte Stelle des Kr. Justinians [9]), in welcher die verschiedenen Gattungen des geschriebenen Rechts der Römer aufgezählt werden: *Scriptum ius est lex, plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.* Prüfe man diese Gesetzarten, so werde man finden, daß sie alle die oben angeführten Kennzeichen eines geschriebenen Rechts an sich trügen; denn leges wurden durch die Stimmen des ganzen Röm. Volks auf den comitiis centuriatis; plebiscita aber zwar nur in den Versammlungen der Plebejer, und ohne Zustimmung des Senats, gemacht, aber sie waren doch seit dem Gesetz des Hortensius [10]) auch für die Patricier unläugbar verbindlich; und beyde wurden in ehernen Tafeln aufgezeichnet. Eben dieses geschahe mit den Senatusconsultis; denn seit den Zeiten des K. Tibers vertrat der Senat die Stelle des Volks, und der Kaiser, als princeps Senatus, schlug den versammleten Vätern Gesetze ungefähr auf die Art vor, wie in den Zeiten der Freiheit von einer Senatorischen oder Plebeiischen Magistratsperson die rogatio (Vortrag) an das Volk geschahe. Sogar die Rede des Kaisers an den Senat pflegte man in Erz zu graben [11]). Die constitutiones Principum wurden

9) §. 3. *I. de I. N. G. et C.*

10) §. 4. *I. eod. L.* 2. §. 8. *D. de O. I.*

11) PLINIUS *Panegyr.* cap. 75. init.

den zwar ohne Solennität, blos durch den Willen des Kaisers, aber doch schriftlich publicirt. Die Worte Justinians §. 6. *Quodcumque Imperator per Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae Constitutiones appellantur*, gaben solches selbst genugsam zu erkennen; womit auch Ulpian [12]) übereinstimme. Die Edicte der Prätoren und der curulischen Aedilen wurden nicht nur gleich Anfangs schriftlich bekannt gemacht, sondern hatten auch, seitdem sie K. Hadrian in das Edictum perpetuum zusammenfassen ließ, und dieses als Gesetzbuch promulgirte, vim iuris scripti [13]). Nicht minder ertheilten die römischen Rechtsgelehrten ihre Gutachten schriftlich, seitdem August sie selbst zu diesem Geschäft autorisirt, und die Richter aus politischen Staatsabsichten von diesen Orakeln des Rechts abhängig gemacht hatte [14]); und Justinian legte ihnen vollends die Kraft eines geschriebenen Rechts dadurch bey, daß er aus den Responsis und Commentaren der römischen Juristen die Pandecten compiliren ließ. Hieraus ergebe sich also unwidersprechlich, daß ausser der ausdrücklichen Willenserklärung des Gesetzgebers die Scriptur zum Begriff eines geschriebenen Rechts, wenigstens nach der Idee der Römer, schlechterdings erfordert werde. *Ius non scriptum* hingegen sey im Sinne des römischen Rechts dasjenige Recht zu nennen, dem es entweder an der Scriptur, oder an der ausdrücklichen Willenserklärung des Gesetzge-

12) *L.* 1. §. 1. *D. de constitut. princip.*

13) §. 7. *I. de I. N. G. et C.*

14) §. 8. *I. eod.*

setzgebers, oder an beyden zugleich mangele. Zwar habe Justinian in seinen Institutionen [15]) nur einer Gattung des nicht geschriebenen Rechts ausdrückliche Erwähnung gethan, nämlich des Gewohnheitsrechts: SINE SCRIPTO *ius venit, sagt er, quod usus approbavit: nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur*; allein daß er damit die übrigen nicht ausgeschlossen haben wolle, sey aus dem folgenden §. zu ersehen: Et non ineleganter in duas species ius civile distributum esse videtur: nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum sc. et Lacedaemoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observabant, *memoriae mandarent*: Athenienses vero ea, quae in legibus *scripta comprehendissent*, custodirent. Hierdurch werde zu erkennen gegeben, daß ein zwar ausdrücklich, aber doch nur mündlich vom Gesetzgeber bekannt gemachtes Gesetz ad ius non scriptum gehöre.

Man sieht wohl aus der ganzen Darstellung dieser verschiedenen Begriffe, daß Justinian hauptsächlich an dieser Verwirrung schuld sey, indem derselbe in dem angef. §. 10 *Institut.* ganz offenbar nicht geschriebenes Recht im juristischen und grammatischen Sinn vermischt, und hierdurch auf den Irrwahn gerieth, den Ursprung des nicht geschriebenen Rechts, welches durch Gewohnheit entstanden, von den Lacedämoniern herzuleiten [16]). Wir können

15) §. 9. *l. cod.*

16) Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar den K. Justinian vertheidigen, wenn er den Ursprung des nicht geschriebenen Rechts von den Lacedämoniern, des geschriebenen aber von den

können aber hierin dem Kaiser um so weniger folgen, je bekannter es ist, daß diejenigen Gesetze, die Lycurg seinem Volke gab, keine Gewohnheitsrechte, sondern nur ungeschriebene Gesetze im grammatischen Sinn gewesen, die seine Bürger auswendig lernen mußten. Justinian redet hier nicht als Gesetzgeber, sondern macht den Historicus, und in solchen Fällen hat Schulting [17]) ganz richtig geurtheilt, wenn er sagt, *in rebus facti, qualis haec est, Imperatoris non maior est auctoritas, quam alicuius historici, adeoque hic ab illo licet dissentire.* Vergleicht man dagegen die Fragmente dieses Titels der Pandecten, so wird man daraus sehen, daß dem iuri scripto allemal dasjenige ius, quod moribus et consuetudine inductum est, entgegen gesetzet wird. Nicht nur Julian [18]), sondern vorzüglich auch Hermogenian [19]) unterscheidet auf

den Athenienſern ableitet; weil die Gesetze der Könige vorzüglich aus den Verfassungen der Lacedämonier, die Zwölftafelgesetze aber aus den Gesetzen der Athenienſer ihren Ursprung genommen. S. GALVANUS de Usufructu Cap. VI. pag. 45. OTTO praefat. Thesaur. T. III. und in Commentar. ad Institut. h. t. §. 10. *Henr. Io.* ARNTZENIUS Specim. Observation. cap. XII.. pag. 92. Allein deswegen waren doch die Gesetze der Könige so wenig, als die Gesetze des Lycurgs Gewohnheitsrechte; erstere waren nicht einmal νόμοι ἄγραφοι. DIONYSIUS lib. II. pag. 94. (edit. *Sylburg.*)

17) SCHULTING ad Cajl Institut. Lib. I. not. 6. *Iurisprud. Antejust.* pag. 2.

18) *L.* 32. *pr. D. h. t.* De quibus causis *scriptis* legibus non utimur, id custodiri oportet, quod *moribus et consuetudine* inductum est.

19) *L.* 35. *D. eod.* Sed et ea, quae *longa consuetudine* comprobata sunt, ac per annos plurimos observata, *velut tacita civium*

dieſe Art geſchriebenes und nicht geſchriebenes Recht; und daß erſteres im eigentlichen Verſtande anders nichts, als ein vom Geſetzgeber ausdrücklich bekannt gemachtes Recht ſey, giebt Julian durch die Worte deutlich zu verſtehen: *quid intereſt, ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis et factis?* ohne dabey des Erforderniſſes einer ſchriftlichen Promulgation zu gedenken. Zwar wendet man dagegen ein, daß jene römiſche Juriſten die demokratiſche Verfaſſung Roms vor Augen gehabt, nach welcher die Geſetze der Nation auf den Comitien, ohnehin ſchriftlich, wären verfaſſet worden [20]). Allein dieſer Einwurf iſt ganz ungegründet, denn beyde oben gedachte Rechtsgelehrte lebten unter den Kaiſern, und man ſieht aus ihrem Vortrage ganz deutlich, daß ſie von ihren Zeiten reden. Dem römiſchen Zepter waren jedoch zu den Zeiten dieſer Rechtsgelehrten mancherley Nationen unterthan, die ihre eigene Rechte hatten, welche unter dem Namen *Lex municipalis* in unſern Pandecten angeführet werden [21]). Solche municipia konnten vermöge der ihnen ver-

civium conventio, non minus, quam ea, quae *ſcripta* ſunt *iura*, ſervantur.

20) STURM in der angeführten Diſſert. §. XX. Not. a.

21) *L.* 3. §. 5. *D. de ſepulchro viol.* und *tot. Tit. D. ad municipalem*, ſc. legem, wie *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. II. Theſ. Iur. Rom. pag. 12. gegen Cujaz erwieſen hat. Lex municipalis wird unterweilen auch *lex civitatis* L. 1. D. de muner. et honor. ferner *lex cuiusque loci*, L. 5. §. 1. D. de iure immunitat. auch *lex* ſchlechtweg genennt. L. 3. D. quod cuiusq. univ. nom. L. 12. D. de appellat. L. 11. D. de Decurion. *L. un. D. de via publ.* S. *Gr.* D'ARNAUD var. Conjectur. iuris civ. Lib. I. cap. 18.

verstatteten Autonomie nicht nur communi velut sponsione sich selbst geschriebene Gesetze machen, sondern auch gleichsam durch einen stillschweigenden Vertrag ein Gewohnheitsrecht einführen [22]). Von diesen haben wahrscheinlich beyde römische Juristen geredet [23]), welches besonders daraus erhellet, weil Julian sagt, daß, wenn weder geschriebenes, noch Gewohnheitsrecht eine Entscheidungsnorm gäbe, auch aus der Aehnlichkeit der Fälle keine Regel abstrahiret werden könne, dasjenige Recht sodann beobachtet werden müsse, quo urbs Roma utitur [24]).

Aus diesen allen erhellet nun soviel, daß man bey Bestimmung der Begriffe des geschriebenen und nicht geschriebenen Rechts einen zweyfachen Sinn unterscheiden müsse, den eigentlichen oder juristischen, und den uneigentlichen oder grammatischen. In dem erstern Verstande heißt *lex scripta* ein solches Gesetz, was seine Verbindungskraft durch den ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers erhalten hat. Hingegen ein solches Recht, welches sich ursprünglich nicht auf den ausdrücklich bekanntgemachten Willen des Gesetzgebers gründet, sondern durch Gewohnheit entstanden ist, wird *ius non scriptum* im juristischen Verstande genennt [25]). Im grammatischen Sinn

22) *Adr Deodat.* STEGER Diss. ad Legem municipalem Romanorum. Lipsi. 1738.

23) S. *Ios.* FINESTRES et *de* MONSALVO in Hermogeniani iuris epitomar. libros VI. Commentar. Tom. I. ad L. 35. D. de LL. pap. 216. und *Car. Ad.* BRAUN Diss. ad L. 32. D. de Legib. *Erlangae* 1746.

24) L. 32. *pr. D. de LL.*

25) Daß diese Begriffe nicht nur bey den röm. Rechtsgelehrten, sondern auch bey andern classischen Auctoren gebräuchlich sind, hat

aber heißt ein Recht oder Gesetz alsdann geschrieben, wenn es schriftlich verfaßt, und nicht geschrieben, wenn es nicht schriftlich aufgezeichnet ist, sondern blos durch das Gedächtnis erhalten wird. Nach diesem Unterschiede kann daher 1) ein Recht ein geschriebenes oder ungeschriebenes in beyderley Verstande zugleich seyn. 2) Es kann ein Recht, das im grammatischen Sinn ungeschrieben ist, dennoch ein geschriebenes Recht im juristischen Verstande, und so auch umgekehrt seyn. 3) Es kann ein Recht, seinem Ursprung nach, ungeschrieben im juristischen Verstande seyn, und in ein geschriebenes Recht im juristischen Sinn verwandelt werden. Das römische Recht giebt uns davon genug Beyspiele, wie aus Gewohnheitsrechten in der Folge Gesetzbücher entstehen können. War nicht das ganze ius honorarium, welches aus den Edicten der Prätoren und anderer römischer Magistratspersonen herstammt [26]), desgleichen das eigentlich sogenannte *ius civile* [27]), welches aus den Gesetzerklärungen und Gutachten der römischen Rechtsgelehrten seinen Ursprung genommen, und durch den Gerichts,

hat *Ge.* D'ARNAUD in var. Coniectur. iur. civ. Lib. I. cap. X. mit vielen Stellen der Alten erwiesen.

26) CICERO *de inventione* lib. II. c. 22. und in dieser Hinsicht schreibt auch PAULUS *Sentent. Recept.* V. 4. 6. 7. namentlich die vom Prätor eingeführte actionem iniuriarum aestimatoriam den *moribus* zu.

27) *L.* 2. §. 5. *D. de O. I.* — Haec disputatio (fori) et hoc ius, quod *sine scripto* venit, compositum a *Prudentibus*, propria parte aliqua non appellatur — sed communi nomine appellatur IUS CIVILE, und §. 12. heißt es: est proprium IUS CIVILE, quod *sine scripto* in sola *Prudentium* interpretatione consistit.

richtsgebrauch bestättiget worden, ursprünglich bloßes Gewohnheitsrecht (ius non scriptum), und doch konnte Justinian zu seinen Zeiten beydes ganz richtig zum ius scriptum zählen [28])? Auch in neuern Zeiten sind die Beyspiele hiervon nicht selten. Nur darf in einem solchen Falle, da bisherige Gewohnheitsrechte in geschriebene Gesetze verwandelt werden, ihre ursprüngliche Eigenschaft nie vergessen, und daher solche mit andern Gesetzen, die ganz neue Verordnungen enthalten, nie auf einerley Fuß behandelt werden. Wenigstens der Rechtsgelehrte muß immer eingedenk seyn, daß der Inhalt solcher Gesetze schon lange vorher seine Rechtskraft hatte, und daß also der Ursprung und der wahre Grund eines solchen Rechts nicht erst in jenen neuern Gesetzen, sondern schon in weit ältern Zeiten zu suchen ist. Denn sonst würde man in Auslegung und Anwendung solcher Gesetze nur gar zu oft das wahre Ziel verfehlen [29]). Endlich 4) kann auch ein ursprünglich kundgemachtes Recht vim legis scriptae verlieren, und nur als Gewohnheitsrecht (tanquam ius non scriptum) beybehalten werden. Die Gesetze der römischen Könige, die Gesetze der alten teutschen Völker, die Capitularien der fränkischen Könige u. a. m. geben uns davon sehr treffende Beyspiele. Daher kann man sich's erklären, warum die römischen Juristen dasjenige Recht, welches durch die Gesetze der römischen Könige ist eingeführet worden, z. B. ius patriae potestatis, cura prodigorum, u. d. m. den moribus zuschrei-

28) §. 3. *I. de I. N. G. et Civ.*

29) S. Pütters Beyträge zum T. Staats- und Fürstenrechte. 2. Th. S. 22.

ben [30]). Exactis enim regibus, erzählt uns Pomponius [31]), Lege Tribunicia, omnes leges hae (regiae) excleverunt: iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et *consuetudine* ali, quam per latam legem.

§. 83.

Verschiedene Gattungen des nicht geschriebenen Rechts. Herkommen. Gewohnheit. Observanz.

Das nicht geschriebene Recht kann nun von sehr verschiedener Beschaffenheit seyn. Einmal ein solches, das zwar ehemals ausdrücklich bekannt gemacht, aber nicht schriftlich verfasset worden, sondern sich blos durch den Gebrauch erhalten hat, und so auf die Nachkommen fortgepflanzt worden ist; dieses wird *ius traditum* [32]), ein hergebrachtes Recht, Herkommen genennt. Von dieser Beschaffenheit waren vor Zeiten die meisten Reichstagsschlüsse. Sie wurden bis gegen Ende des funfzehnten Jahrhunderts selten förmlich ausgefertiget. Man publicirte sie zwar, aber nur mündlich. Daher wurden sie in der

30) *L. 8. D. de his qui sui vel al. iuris. L. 1. D. de curat. furios. Ev.* OTTO in Papiniano Cap. VII. §. 1. pap. 130. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opuscul. minorib. varii argum. pag. 59.

31) *L. 2. §. 3. D. de Or. Iuris.*

32) Im römischen Rechte heißt *ius per manus traditum*, dessen in der *L. 10. D. de iure codicillor.* Erwähnung geschiehet, dasjenige ius, quod sine scripto traditionibus inductum est veterum Iuris consultorum, und sonst unter dem Namen der *mediae iurisprudentiae* bekannt ist. S. GALVANUS de Usufructu. Cap. VI. pag. 46. seqq.

der Eigenschaft der Reichsgesetze bald unbekannt und vergessen, und nur als ein Herkommen beybehalten und beobachtet. Eine Ursache, warum wir so wenig alte ächte Reichsgesetze haben [33]). Ein solches herkömmliches Recht ist nun zwar im grammatischen Sinn ein nicht geschriebenes Recht, das durch den Gebrauch erhalten wird; allein in so fern doch die ursprüngliche Bekanntmachung desselben erwiesen werden kann, hat es die Natur eines geschriebenen Rechts im eigentlichen oder juristischen Sinn, und darf mithin nicht nach den Grundsätzen eines Gewohnheitsrechts beurtheilet werden. Entsteht demnach über die Gültigkeit eines solchen Rechts ein Zweifel, so darf nur erwiesen werden, daß die ehemalige ausdrückliche Kundmachung desselben geschehen sey; ist diese ausser Zweifel gesetzt worden, so muß die Vermuthung für die Gültigkeit eines solchen Gesetzes oder Rechts so lange Statt finden, bis das Gegentheil von dem andern dargethan wird [34]). Sollte aber die Bekanntmachung eines solchen Rechts so ganz in Vergessenheit gerathen seyn, daß von derselben keine Beweise dargeleget werden könnten, so wird es nun als ein Gewohnheitsrecht zu betrachten, und nach den Grundsätzen, die davon gelten, zu beurtheilen seyn. So gelten h. z. T. noch manche alte teutsche Rechte, welche durch Sprüchwörter oder durch die alten Rechtsbücher auf

33) Car. Fried. Gerstlachers Abhandlung von den Gesetzen und Ordnungen des teutschen Reichs. 1. Band. 1. Kap. S. 16. 17.

34) Eichmann Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 1. Th. S. 365. u. folgg.

uns gekommen sind, deren Ursprung sich übrigens nicht erweisen läßt [35]).

Zweitens kann das nicht geschriebene Recht auch ein solches seyn, welches sich ursprünglich nicht auf den ausdrücklich bekanntgemachten Willen des Gesetzgebers gründet, und dann ist es entweder durch Gewohnheit, oder durch Observanz eingeführet worden. Was nun aber eine Gewohnheit sey, und wie sie sich von der Observanz unterscheide, wird der folgende §. lehren.

§. 84.

Verschiedene Bedeutung der Worte *consuetudo*, und Gewohnheit. Unterschied zwischen Gewohnheit in eigentlicher Bedeutung und Observanz.

Das lateinische Wort *consuetudo* hat wie das teutsche Gewohnheit mancherley Bedeutungen, und es ist nothwendig, diese kürzlich anzuführen, um nachher den eigentlichen Begrif von Gewohnheit desto richtiger bestimmen zu können. *Consuetudo* zeigt 1) in unsern Gesetzen einen sehr genauen Umgang, oder gesellschaftliche Verbindung verschiedener Personen mit einander an. In dieser Bedeutung wird nicht nur die Ehe [36]), sondern auch der Concubinat mit diesem Worte bezeichnet. So z. B. sagt Modestin [37]): Stuprum committit, qui liberam mulierem *consuetudinis*

35) S. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts. 1. Band. §. 57.

36) §. 1. *I. de patr. pot.* Vergleiche auch SUETONIUS in *Neron. c.* 35. *init.* wo er vom Nero erzählt, eum Octaviae (uxoris) *consuetudinem* (eheliche Beywohnung) aspernatum.

37) *L.* 34 *pr. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

schiedener Sammlungen, oder eben derselben Sammlung befindlich ist. Ist das erstere, so gehet das neuere Recht dem ältern vor. Für das neuere Recht aber wird in dem Falle, da der Widerspruch unter den Gesetzen verschiedener Sammlungen des Justinianeischen Rechts obwaltet, dasjenige gehalten, welches in der jüngern Sammlung enthalten ist. Diesem zu Folge gehen also I) die Novellen des K. Justinians, als die allerneuesten Gesetze, allen übrigen Verordnungen des Justinianeischen Rechts vor, welche in den vorhergehenden Sammlungen, als dem Codex, den Pandecten und Institutionen des Justinians, enthalten sind. Jedoch ist dieses nur von den glossirten Novellen zu verstehen, indem es, was die nicht glossirten anbetrift, aus dem schon oben (S. 344.) angeführten Grunde bey den Verordnungen des Codex in Praxi lediglich verbleiben muß. Der Fall kommt z. B. bey den Zinsen, die das Capital übersteigen (usurae ultra alterum tantum), vor, welche der Gerichtsgebrauch nicht schlechterdings für unerlaubt erklärt, wofür sie Justinian Nov. 121. cap. 1. angesehen wissen will, sondern es bey der Einschränkung der L. 10. C. de usuris bewenden läßt [8]). II) Aus dem obigen Grundsatz folgt weiter, daß der Codex den Institutionen und Pandecten derogirt. Zwar möchten, wenn wir auf das eigene Zeitalter der einzelnen Verordnungen des Codex sehen dürften, unter der grossen Zahl derselben nur wenige gefunden werden, welche der Pro-

8) STRYK Us. Mod. Pand. Tit. de Usuris §. 17. a PUFENDORF Tom. I. Obs. 14. §. 4. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XXII. Tit. 1. Qu. 7. Struben rechtliche Bedenken Th. III. Bed. 33. Quistorp Beyträge II. Stück. Nr. IX. S. 157. u. a. m.

Gebrauch, oder eine seit langer Zeit fortgesetzte Ausübung, welche die Stelle eines Rechtstitels vertreten kann, verstanden wird; und in eben diesem Sinn wird jener Ausdruck auch im kanonischen Rechte [42]) gebraucht, da wo von einer *consuetudine praescripta* die Rede ist. Dies sind diejenigen Bedeutungen, die zwar nicht unmittelbar zur Sache gehören, aber doch zu wissen nöthig sind [43]). Wir kommen nun zu unserm Zwecke näher, wenn wir weiter bemerken, daß 4) Gewohnheit für die öftere Wiederholung gleichförmiger Handlungen genommen werde; in dieser Bedeutung nehmen unsere Gesetze das Wort *consuetudo* ebenfalls, wenn sie dieselbe als den Entstehungsgrund des iuris non scripti ansehen [44]). In eben dieser Bedeutung schreiben sogar unsere Gesetze [45]) den Thieren eine Gewohnheit (*consuetudo*) zu, die nicht ohne rechtliche Wirkung ist. Sie ist zuweilen als ein künstlicher Beweiß des Eigenthums eines Thiers gebraucht worden [46]). Ferner verstehet man 5) unter Gewohnheit

42) *cap.* 5. 6. 8. u. 11. *X. de consuetud. c.* 50. *X. de elect. cap.* 3. *de consuet. in 6ta.*

43) Mehrere Bedeutungen, auch noch mehrere Beweißstellen zu den von uns angeführten findet man beym BRISSONIUS de Verbor. signific v. *consuetudo.*

44) *L.* 32. *pr. L.* 35. *L.* 39. *D. de LL.* consuetudine inductum, comprobatum, obtentum est.

45) §. 15. *I. de rer. divis. L.* 5. §. 5. *D. de acquir. rer. dom. L.* 8. §. 1. *D. fam. erciſc.* wo gesagt wird, daß Pfauen, Tauben und Bienen, so lange unser Eigenthum bleiben, als sie das Wiederkommen nicht vergessen, (quam diu consuetudinem habeant ad nos revertendi).

46) Einen solchen Fall hat CRELL in Dissert. de orig. et virt. iuris non scripti, Obs. V. pag. 18. *Equus furto subtractus erat,*

heit auch diejenige Regel selbst, welche aus der Gleichförmigkeit freyer Handlungen entstanden ist. So z. B. wollen die Gesetze [47]), daß bey vorkommender Undeutlichkeit lezter Willensverordnungen auf die Gewohnheit des Erblassers (consuetudo patrisfamilias) d. i. auf die ihm eigene Art sich auszudrucken, und in dergleichen Falle, wovon die Rede ist, zu handeln, vor allen Dingen Rücksicht genommen werden solle. Es ist jedoch nicht gleich eine jede Regel, welche aus einer Reihe gleichförmiger Handlungen entstanden ist, für verbindlich zu halten, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob diese Regel nur von einem, oder mehrern einzelnen Personen, oder ob sie von allen ist beobachtet worden. Im erstern Falle verbindet dieselbe weder diejenigen, die sie freywillig beobachten, cum nemo eam sibi possit legem dicere, a qua et recedere non liceat [48]); noch auch andere, nam inter alios gesta, quorum ex

volun-

erat, et a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iureiurando affirmare decretabat: sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam, et observari, quid contingat: Quod facile impetravit a iudice. Equus, cum ad centum passus abesset a tugurio domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit. Intromissus stabula nota quaesivit; quae cum ab aliis equis occupata essent, non quievit, donec viam sibi faceret ad praesepia, atque ad eundem locum, in quo olim consistere solitus fuerat. Ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.

47) *L. 21. §. 1. D. Qui testam. fac. poss. L. 50. §. ult. D. de legat. 1. L. 14. D. de ann. legat. L. 23. §. 1. D. de pecul. legato.*

48) *L. 22. pr. D. de legat. 3.*

voluntate valent, aliis non nocent, qui non conſenſiſſe probari poſſunt [49]); es wäre denn, daß die Geſetze ſelbſt die beſondere Gewohnheit eines Hausvaters in gewiſſen Fällen zur Norm vorgeſchrieben hätten, wie z. B. bey Erklärung letzter Willensverordnungen. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Richter dasjenige, was in einem gewiſſen Falle gemeiniglich und von den meiſten zu geſchehen pflegt, im Zweifel zum Entſcheidungsgrunde annehmen könne, wenn nicht aus den Umſtänden zu erſehen iſt, daß den Partheyen in dem vorliegenden Falle ein anderes gefallen habe [50]). Im zweyten Falle aber, wenn alle Einwohner einer gewiſſen Region zeither ſich nach einer gewiſſen Regel gerichtet, und ſolche in der Meinung, daß ſie ſo, und nicht anders, zu handeln verbunden, unabgeändert beobachtet haben, ſo wird eine ſolche Regel endlich durch die Länge der Zeit zur verbindlichen Gewohnheit [51]), und dieſe nimmt, ſo fern

49) *L.* 1. *C. inter alios acta etc. L.* 74. *D. de R. I.*

50) Man ſehe hier die ſchon mehrmahlen angeführte Diſſ. des CRELL Obſ. 3 pag. 15. woraus ich nur folgende Stelle anführen will: *Quoties non* ANIMO, CONSTITUENDI REGULAM, *aliquid invaluit, quamvis a multis frequentarum ſit, vim conſuetudinis et legis non habebit. Eo pertinent, quae vel* NON DIU *ſatis, vel* NON AB OMNIBUS, *ſed a multis duntaxat, neque* PERPETUO SIMILITER, *obſervata ſunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permiſſum eſſe, an ſequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quae a* PLURIMIS *facta ſunt, prorſus negligimus in iudicando.* SOLENT *enim,* QUAE PLERUMQUE FIUNT, *quamvis non expreſſa ſint, in dubio* PRAESUMI; *niſi appareat,* DIVERSUM *placuiſſe. Ita* POMPONIUS *tradidit L.* 3. *D. de reb. cred.*

51) Sehr richtig ſagte daher CICERO *de Invent.* lib. II. cap. 22. ſchon zu ſeinen Zeiten, CONSUETUDINIS *ius* eſſe putatur id, quod *voluntate omnium* ſine lege vetuſtas comprobavit.

fern sie vom Gesetzgeber, es sey stillschweigend oder ausdrücklich, gebilliget worden, das Gepräge eines Gesetzes an. Daraus entsteht nun die Idee einer Gewohnheit im strengsten Verstande, und für Gesetz genommen. Gewohnheit, in so fern man darunter ein nicht geschriebenes Gesetz verstehet, ist also endlich 6) eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden, und durch die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate Gesetzes Kraft erhalten hat. Von dieser wird nun vorzüglich zu handeln seyn. So gewöhnlich es nun ist, die Wörter Gewohnheit und Observanz in allgemeiner Bedeutung für Eins zu nehmen, insofern man darunter überhaupt eine Regel verstehet, welche nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sondern durch Handlungen eingeführt worden ist; so gewiß ist es doch, daß im eigentlichen Verstande zwischen beyden ein sehr wichtiger Unterschied vorhanden sey. Denn Observanz in der eigentlichen und engern Bedeutung ist eine Regel oder Entscheidungsnorm, welche in einem Collegium, oder universitate personarum durch einen stillschweigenden Vertrag derjenigen, welche dabey interessirt sind, ihr Daseyn und verbindliche Kraft erhalten hat [52]). Der Unterschied zwischen Gewohnheit und Observanz, insofern beydes in seiner eigentlichen und engern Bedeutung genommen wird, besteht nun im

Fol-

52) S. Schnaubert's Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. I. Th. N. VI. §. 2. u. 3. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 235. Meurers juristische Abhandl. 1. Samml. N. VI. und besonders *Car. Frid. Guil. de* SPANGENBERG Commentat. de observantia imperii. *Halae* 1794. 8. Cap. I.

aber heißt ein Recht oder Gesetz alsdann geschrieben, wenn es schriftlich verfaßt, und nicht geschrieben, wenn es nicht schriftlich aufgezeichnet ist, sondern blos durch das Gedächtnis erhalten wird. Nach diesem Unterschiede kann daher 1) ein Recht ein geschriebenes oder ungeschriebenes in beyderley Verstande zugleich seyn. 2) Es kann ein Recht, das im grammatischen Sinn ungeschrieben ist, dennoch ein geschriebenes Recht im juristischen Verstande, und so auch umgekehrt seyn. 3) Es kann ein Recht, seinem Ursprung nach, ungeschrieben im juristischen Verstande seyn, und in ein geschriebenes Recht im juristischen Sinn verwandelt werden. Das römische Recht giebt uns davon genug Beyspiele, wie aus Gewohnheitsrechten in der Folge Gesetzbücher entstehen können. War nicht das ganze ius honorarium, welches aus den Edicten der Prätoren und anderer römischer Magistratspersonen herstammt [26]), desgleichen das eigentlich sogenannte *ius civile* [27]), welches aus den Gesetzerklärungen und Gutachten der römischen Rechtsgelehrten seinen Ursprung genommen, und durch den Gerichts-

hat *Ge.* D'ARNAUD in var. Conjectur. iur. civ. Lib. I. cap. X. mit vielen Stellen der Alten erwiesen.

26) CICERO *de inventione* lib. II. c. 22. und in dieser Hinsicht schreibt auch PAULUS *Sentent. Recept.* V. 4. 6. 7. namentlich die vom Prätor eingeführte actionem iniuriarum aestimatoriam den *moribus* zu.

27) *L.* 2. §. 5. *D. de O. I.* — Haec disputatio (fori) et hoc ius, quod *sine scripto* venit, compositum a *Prudentibus*, propria parte aliqua non appellatur — sed communi nomine appellatur IUS CIVILE, und §. 12. heißt es: est proprium IUS CIVILE, quod *sine scripto* in sola *Prudentium* interpretatione consistit.

richtsgebrauch bestätiget worden, ursprünglich bloßes Gewohnheitsrecht (ius non scriptum), und doch konnte Justinian zu seinen Zeiten beydes ganz richtig zum ius scriptum zählen [28])? Auch in neuern Zeiten sind die Beyspiele hiervon nicht selten. Nur darf in einem solchen Falle, da bisherige Gewohnheitsrechte in geschriebene Gesetze verwandelt werden, ihre ursprüngliche Eigenschaft nie vergessen, und daher solche mit andern Gesetzen, die ganz neue Verordnungen enthalten, nie auf einerley Fuß behandelt werden. Wenigstens der Rechtsgelehrte muß immer eingedenk seyn, daß der Inhalt solcher Gesetze schon lange vorher seine Rechtskraft hatte, und daß also der Ursprung und der wahre Grund eines solchen Rechts nicht erst in jenen neuern Gesetzen, sondern schon in weit ältern Zeiten zu suchen ist. Denn sonst würde man in Auslegung und Anwendung solcher Gesetze nur gar zu oft das wahre Ziel verfehlen [29]). Endlich 4) kann auch ein ursprünglich kundgemachtes Recht vim legis scriptae verlieren, und nur als Gewohnheitsrecht (tanquam ius non scriptum) beybehalten werden. Die Gesetze der römischen Könige, die Gesetze der alten teutschen Völker, die Capitularien der fränkischen Könige u. a. m. geben uns davon sehr treffende Beyspiele. Daher kann man sich's erklären, warum die römischen Juristen dasjenige Recht, welches durch die Gesetze der römischen Könige ist eingeführet worden, z. B. ius patriae potestatis, cura prodigorum, u. d. m. den moribus zuschrei-

28) §. 3. *I. de I. N. G. et Civ.*

29) S. Pütters Beyträge zum T. Staats- und Fürstenrechte. 2. Th. S. 22.

ben [30]). Exactis enim regibus, erzählt uns **Pomponius** [31]), Lege Tribunicia, omnes leges hae (regiae) exoleverunt: iterumque coepit populus Romanus incerto magis iure et *consuetudine* ali, quam per latam legem.

§. 83.

Verschiedene Gattungen des nicht geschriebenen Rechts. Herkommen. Gewohnheit. Observanz.

Das nicht geschriebene Recht kann nun von sehr verschiedener Beschaffenheit seyn. Einmal ein solches, das zwar ehemals ausdrücklich bekannt gemacht, aber nicht schriftlich verfasset worden, sondern sich blos durch den Gebrauch erhalten hat, und so auf die Nachkommen fortgepflanzt worden ist; dieses wird *ius traditum* [32]), ein hergebrachtes Recht, Herkommen genennt. Von dieser Beschaffenheit waren vor Zeiten die meisten Reichstagsschlüsse. Sie wurden bis gegen Ende des funfzehnten Jahrhunderts selten förmlich ausgefertiget. Man publicirte sie zwar, aber nur mündlich. Daher wurden sie in der

30) *L.* 8. *D. de his qui sui vel al. iuris. L.* 1. *D. de curat. furios. Ev.* OTTO in Papiniano Cap. VII. §. 1. pag. 130. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opuscul. minorib. varii argum. pag. 59.

31) *L.* 2. §. 3. *D. de Or. Iuris.*

32) Im römischen Rechte heißt *ius per manus traditum*, dessen in der *L.* 10. *D. de iure codicillor.* Erwähnung geschiehet, dasjenige ius, quod sine scripto traditionibus inductum est veterum Iuris consultorum, und sonst unter dem Namen der *mediae iurisprudentiae* bekannt ist. S. GALVANUS de Usufructu. Cap. VI. pag. 46. seqq.

der Eigenschaft der Reichsgesetze bald unbekannt und vergessen, und nur als ein Herkommen beybehalten und beobachtet. Eine Ursache, warum wir so wenig alte ächte Reichsgesetze haben [33]). Ein solches herkömmliches Recht ist nun zwar im grammatischen Sinn ein nicht geschriebenes Recht, das durch den Gebrauch erhalten wird; allein in so fern doch die ursprüngliche Bekanntmachung desselben erwiesen werden kann, hat es die Natur eines geschriebenen Rechts im eigentlichen oder juristischen Sinn, und darf mithin nicht nach den Grundsätzen eines Gewohnheitsrechts beurtheilet werden. Entsteht demnach über die Gültigkeit eines solchen Rechts ein Zweifel, so darf nur erwiesen werden, daß die ehemalige ausdrückliche Kundmachung desselben geschehen sey; ist diese ausser Zweifel gesetzt worden, so muß die Vermuthung für die Gültigkeit eines solchen Gesetzes oder Rechts so lange Statt finden, bis das Gegentheil von dem andern dargethan wird [34]). Sollte aber die Bekanntmachung eines solchen Rechts so ganz in Vergessenheit gerathen seyn, daß von derselben keine Beweise dargeleget werden könnten, so wird es nun als ein Gewohnheitsrecht zu betrachten, und nach den Grundsätzen, die davon gelten, zu beurtheilen seyn. So gelten h. z. T. noch manche alte teutsche Rechte, welche durch Sprüchwörter oder durch die alten Rechtsbücher auf

33) Car. Fried. Gerstlachers Abhandlung von den Gesetzen und Ordnungen des teutschen Reichs. 1. Band. 1. Kap. S. 16. 17.

34) Eichmann Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 1. Th. S. 365. u. folgg.

uns gekommen sind, deren Ursprung sich übrigens nicht erweisen läßt [35]).

Zweitens kann das nicht geschriebene Recht auch ein solches seyn, welches sich ursprünglich nicht auf den ausdrücklich bekanntgemachten Willen des Gesetzgebers gründet, und dann ist es entweder durch Gewohnheit, oder durch Observanz eingeführet worden. Was nun aber eine Gewohnheit sey, und wie sie sich von der Observanz unterscheide, wird der folgende §. lehren.

§. 84.

Verschiedene Bedeutung der Worte *consuetudo*, und Gewohnheit. Unterschied zwischen Gewohnheit in eigentlicher Bedeutung und Observanz.

Das lateinische Wort *consuetudo* hat wie das teutsche Gewohnheit mancherley Bedeutungen, und es ist nothwendig, diese kürzlich anzuführen, um nachher den eigentlichen Begrif von Gewohnheit desto richtiger bestimmen zu können. *Consuetudo* zeigt 1) in unsern Gesetzen einen sehr genauen Umgang, oder gesellschaftliche Verbindung verschiedener Personen mit einander an. In dieser Bedeutung wird nicht nur die Ehe [36]), sondern auch der Concubinat mit diesem Worte bezeichnet. So z. B. sagt Modestin [37]): Stuprum committit, qui liberam mulierem *consuetudinis*

35) S. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts, 1. Band. §. 57.

36) §. 1. *I. de patr. pot.* Vergleiche auch SUETONIUS in *Neron. c.* 35. *init.* wo er vom Nero erzählt, eum Octaviae (uxoris) *consuetudinem* (eheliche Beywohnung) aspernatum.

37) *L.* 34 *pr. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

dinis causa, (d. i. zur Concubine) non matrimonii, continet. 2) Bedeutet *consuetudo* auch dasjenige, was nach der Ordnung der Natur gewöhnlich zu seyn pflegt. In diesem Verstande nimmt Paulus [38]) dieses Wort, wenn er bey Entscheidung der Frage, ob durch Ernennung solcher postumorum, die der Testirer seines Alters oder einer vorhandenen Leibesschwäche halben vielleicht nicht mehr erwarten dürfte, ein ersteres Testament aufgehoben werde? seine bejahende Meinung mit dem Grunde unterstützt: quod natura magis in homine generandi et *consuetudo* spectanda est, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate: das ist, weil man mehr auf die Regel, nach welcher ordentlicher Weise Menschen die Erzeugungs Kraft haben, als auf die Ausnahme Rücksicht nehmen muß [39]). 3) Heißt *Consuetudo* auch oft eine Befugniß, oder ein Recht, das jemand seit langer Zeit ausgeübt hat. So können nach positiven Gesetzen Rechte und Befugnisse durch die langwierige Ausübung (longa consuetudine) so gut, als durch ein Gesetz eingeführet werden [40]) Bey Dienstbarkeiten weißt das römische Recht namentlich der Gewohnheit ihren Wirkungskreis an, wie aus den unten [41]) angeführten Gesetzstellen zu ersehen ist, in welchen unter *longa consuetudo* nichts anders als ein langer Ge-

38) *L.* 9. *pr. D. de lib. et postum.*

39) S. Westphals Theorie des röm. Rechts von Testamenten (Leipzig 1790) §. 477. S. 355.

40) *L. ult. Cod. de. emancipat. liberor. L. un. C. de auro coron.*

41) *L.* 1. §. *ult. D. aqua et aquae pluv. arc. L.* 13. §. 1. *D. commun. praedior. L.* 1. *Cod. de Servitut.*

Gebrauch, oder eine seit langer Zeit fortgesetzte Ausübung, welche die Stelle eines Rechtstitels vertreten kann, verstanden wird; und in eben diesem Sinn wird jener Ausdruck auch im kanonischen Rechte [42]) gebraucht, da wo von einer *consuetudine praescripta* die Rede ist. Dies sind diejenigen Bedeutungen, die zwar nicht unmittelbar zur Sache gehören, aber doch zu wissen nöthig sind [43]). Wir kommen nun zu unserm Zwecke näher, wenn wir weiter bemerken, daß 4) Gewohnheit für die öftere Wiederholung gleichförmiger Handlungen genommen werde; in dieser Bedeutung nehmen unsere Gesetze das Wort *consuetudo* ebenfalls, wenn sie dieselbe als den Entstehungsgrund des iuris non scripti ansehen [44]). In eben dieser Bedeutung schreiben sogar unsere Gesetze [45]) den Thieren eine Gewohnheit (*consuetudo*) zu, die nicht ohne rechtliche Wirkung ist. Sie ist zuweilen als ein künstlicher Beweiß des Eigenthums eines Thiers gebraucht worden [46]). Ferner verstehet man 5) unter Gewohnheit

42) *cap.* 5. 6. 8. u. 11. *X. de consuetud. c.* 50. *X. de elect. cap.* 3. *de consuet. in 6to.*

43) Mehrere Bedeutungen, auch noch mehrere Beweißstellen zu den von uns angeführten findet man beym BRISSONIUS de Verbor. signific v. *consuetudo.*

44) *L.* 32. *pr. L.* 35. *L.* 39. *D. de LL.* consuetudine inductum, comprobatum, obtentum est.

45) §. 15. *I. de rer. divis. L.* 5. §. 5. *D. de acquir. rer. dom. L.* 8. §. 1. *D. fam. ercisc.* wo gesagt wird, daß Pfauen, Tauben und Bienen, so lange unser Eigenthum bleiben, als sie das Wiederkommen nicht vergessen, (quam diu consuetudinem habeant ad nos revertendi).

46) Einen solchen Fall hat CRELL in Dissert. de orig. et virt. iuris non scripti, Obs. V. pag. 18. *Equus furto subtractus erat,*

heit auch diejenige Regel selbst, welche aus der Gleichförmigkeit freyer Handlungen entstanden ist. So z. B. wollen die Gesetze [47]), daß bey vorkommender Undeutlichkeit lezter Willensverordnungen auf die Gewohnheit des Erblassers (consuetudo patrisfamilias) d. i. auf die ihm eigene Art sich auszudrucken, und in dergleichen Falle, wovon die Rede ist, zu handeln, vor allen Dingen Rücksicht genommen werden solle. Es ist jedoch nicht gleich eine jede Regel, welche aus einer Reihe gleichförmiger Handlungen entstanden ist, für verbindlich zu halten, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob diese Regel nur von einem, oder mehrern einzelnen Personen, oder ob sie von allen ist beobachtet worden. Im erstern Falle verbindet dieselbe weder diejenigen, die sie freywillig beobachten, cum nemo eam sibi possit legem dicere, a qua et recedere non liceat [48]); noch auch andere, nam inter alios gesta, quorum ex

volun-

erat, et a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iureiurando affirmare decretabat: sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam, et observari, quid contingat: Quod facile impetravit a iudice. Equus, cum ad centum passus abesset a tugurio domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit. Intromissus stabula nota quaesivit; quae cum ab aliis equis occupata essent, non quievit, donec viam sibi faceret ad praesepia, atque ad eundem locum, in quo olim consistere solitus fuerat. Ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.

47) *L.* 21. §. 1. *D. Qui testam. fac. poss. L.* 50. §. *ult. D. de legat.* 1. *L.* 14. *D. de ann. legat. L.* 23. §. 1. *D. de pecul. legato.*

48) *L.* 22. *pr. D. de legat.* 3.

voluntate valent, aliis non nocent, qui non consensisse probari possunt [49]; es wäre denn, daß die Gesetze selbst die besondere Gewohnheit eines Hausvaters in gewissen Fällen zur Norm vorgeschrieben hätten, wie z. B. bey Erklärung letzter Willensverordnungen. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Richter dasjenige, was in einem gewissen Falle gemeiniglich und von den meisten zu geschehen pflegt, im Zweifel zum Entscheidungsgrunde annehmen könne, wenn nicht aus den Umständen zu ersehen ist, daß den Partheyen in dem vorliegenden Falle ein anderes gefallen habe [50]. Im zweyten Falle aber, wenn alle Einwohner einer gewissen Region zeither sich nach einer gewissen Regel gerichtet, und solche in der Meinung, daß sie so, und nicht anders, zu handeln verbunden, unabgeändert beobachtet haben, so wird eine solche Regel endlich durch die Länge der Zeit zur verbindlichen Gewohnheit [51], und diese nimmt, so fern

49) *L. 1. C. inter alios acta etc. L. 74. D. de R. I.*

50) Man sehe hier die schon mehrmahlen angeführte Diss. des CRELL Obs. 3 pag. 15. woraus ich nur folgende Stelle anführen will: *Quoties non* ANIMO, CONSTITUENDI REGULAM, *aliquid invaluit, quamvis a multis frequentarum sit, vim consuetudinis et legis non habebit. Eo pertinent, quae vel* NON DIU *satis, vel* NON AB OMNIBUS, *sed a multis duntaxat, neque* PERPETUO SIMILITER, *observata sunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permissum esse, an sequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quae a* PLURIMIS *facta sunt, prorsus negligimus in iudicando.* SOLENT *enim,* QUAE PLERUMQUE FIUNT, *quamvis non expressa sint, in dubio* PRAESUMI; *nisi appareat,* DIVERSUM *placuisse. Ita* POMPONIUS *tradidit L. 3. D. de reb. cred.*

51) Sehr richtig sagte daher CICERO *de Invent.* lib. II. cap. 22. schon zu seinen Zeiten, CONSUETUDINIS *ius* esse putatur id, quod *voluntate omnium* sine lege vetustas comprobavit.

fern sie vom Gesetzgeber, es sey stillschweigend oder ausdrücklich, gebilliget worden, das Gepräge eines Gesetzes an. Daraus entsteht nun die Idee einer Gewohnheit im strengsten Verstande, und für Gesetz genommen. Gewohnheit, in so fern man darunter ein nicht geschriebenes Gesetz verstehet, ist also endlich 6) eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden, und durch die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate Gesetzes Kraft erhalten hat. Von dieser wird nun vorzüglich zu handeln seyn. So gewöhnlich es nun ist, die Wörter Gewohnheit und Observanz in allgemeiner Bedeutung für Eins zu nehmen, insofern man darunter überhaupt eine Regel verstehet, welche nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sondern durch Handlungen eingeführt worden ist; so gewiß ist es doch, daß im eigentlichen Verstande zwischen beyden ein sehr wichtiger Unterschied vorhanden sey. Denn Observanz in der eigentlichen und engern Bedeutung ist eine Regel oder Entscheidungsnorm, welche in einem Collegium, oder universitate personarum durch einen stillschweigenden Vertrag derjenigen, welche dabey interessirt sind, ihr Daseyn und verbindliche Kraft erhalten hat [52]). Der Unterschied zwischen Gewohnheit und Observanz, insofern beydes in seiner eigentlichen und engern Bedeutung genommen wird, besteht nun im

Fol-

52) S. Schnaubert's Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. I. Th. N. VI. §. 2. u. 3. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 235. Meurers juriſt. Abhandl. 1. Samml. N. VI. und beſonders *Car. Frid. Guil. de* SPANGENBERG Commentat. de obſervantia imperii. *Halae* 1794. 8. Cap. I.

Folgenden. I) Die Gewohnheit wird durch Handlungen der Unterthanen; die Observanz durch Handlungen in einem Collegio eingeführt. Sie können übrigens von Mitgliedern des Collegiums sowohl, als auch von Fremden vorgenommen werden, indem auch diese dadurch ein Recht in einer Gesellschaft, deren Genoßen sie nicht sind, erlangen können [53]). II) Die Gewohnheit erhält ihre verbindliche Kraft durch die Genehmigung des Gesetzgebers; die Observanz aber durch die stillschweigende Einwilligung des Kollegiums, oder derjenigen Mitglieder derselben, welche bey der Sache interessirt sind. III) Die Gewohnheit hat demnach die Kraft eines eigentlichen Gesetzes; die Observanz aber die Kraft eines stillschweigenden Vertrags (vim taciti pacti). [54]). IV) Zur Einführung einer Gewohnheit werden mehrere, und eine lange Zeit hindurch fortgesetzte Handlungen erfordert, zur Observanz aber nicht, weil zu einem durch Vertrag erworbenen Rechte weder

53) So z. B. kann das Recht bey der Wahl eines Prälaten zu concurriren, und ein Stimmrecht auszuüben, durch Observanz von Fremden erworben werden, die sonst keine Mitglieder des Capitels der verwaißten Kirche sind, und also ordentlicherweise in demselben keinen Sitz und Stimme haben. *cap. 8. X. de consuet. c. 50. X. de elect.* Auch das Recht, für eine ledige Pfründe einen Geistlichen zu ernennen, kann man durch Observanz acquiriren. *c. 24. X. eodem.* S. ZOEHMER a. a. O. § 236. not. d. ZYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 311. *Meyr.* SCHENKEL in Iuris Eccles. statui Germ. maxime et Bavariae accommod. Syntagm. (*Salisb.* 1786. 8.) §. 467.

54) *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Decis. LI. n. 17. pag. 104.

weder mehrere Handlungen, noch der Ablauf einer gewissen Zeit vonnöthen ist [55].

§. 85.

Wodurch erhält eine gesetzliche Gewohnheit ihr Daseyn und Gültigkeit.

Es kommt nun in der weitern Entwickelung der Lehre vom Gewohnheitsrechte hauptsächlich auf zwey Fragen an. I) Wie entsteht eine gesetzliche Gewohnheit? und II) wodurch erhält sie verbindliche Kraft? In Ansehung der erstern Frage bemerken wir hier nur im Allgemeinen, daß zur Einführung einer Gewohnheit habile Handlungen erfordert werden. Wie aber diese Handlungen geeigenschaftet seyn müssen, wird uns der folgende Paragraph erst lehren. Soviel hiernächst die zweyte Frage anbetrift, so ist nun zwar soviel ausser allem Zweifel, daß eine gesetzliche Gewohnheit ihre verbindliche Kraft durch den Willen des Gesetzgebers bekommt, ohne welchen sich überhaupt kein positives Gesetz gedenken läßt; allein eine andere Frage ist,

55) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 197. Bey der Lehre von der kirchlichen Observanz hat auch der berühmte Hr. Geh. JustizR. Böhmer in seinem vortreflichen Lehrbuche des Canonischen Rechts §. 236. richtig bemerkt, daß *unicum factum haud contradictum, opinione iuris, sciente et non contradicente ecclesia, susceptum* zur Begründung einer solchen Observanz genüge; und man kann dies allerdings als einen allgemeinen Satz in der Lehre von der Observanz gelten lassen. S. Meurer a. a. O. §. 5. u. folgg. HETTLEBLADT Syst. elem. iurispr. pos. Germ. §. 889. und besonders de STRANGENBERG cit. Commentat. Cap. I. § 9. et 10.

ist, worgus dieser Wille des Gesetzgebers zu erkennen sey? Nach der gewöhnlichen Theorie, die auch in dem System unsers Autors herrscht, behauptet man, daß die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich auf dem stillschweigenden Consens des Gesetzgebers beruhe, dieser aber aus der nicht widersprochenen öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen der Unterthanen gefolgert werden müsse. Allein prüft man diese Theorie genauer, vergleicht man sie mit dem, was die Erfahrung und die Gesetze selbst uns hierbon lehren, so wird man gar bald einsehen, daß sie äusserst mangelhaft sey. Wie! wenn der Gesetzgeber durch ausdrückliche Verordnungen festgesetzt hätte, daß in gewissen Fällen vernünftige Gebräuche und gute Gewohnheiten den Gesetzen gleich beobachtet werden sollen! Und haben wir nicht sowohl im römischen Gesetzbuche, als in den teutschen Reichs- und Landesgesetzen Beyspiele genug, die dieses bestättigen? Wer hieran zweifelt, lese nur die Verordnungen des röm. Kaisers Alexander [56]), die Cammergerichtsordnung [57]), die P. Gerichtsordnung Carls V. [58]), den jüngsten Reichsabschied von 1654 [59]) das *Instrumentum Pacis Osnabrugenſis* [60]) u. a. m. Ja es kann der Gesetzgeber nicht nur mittelst seiner

56) *L.* 1. *C. quae sit longa consuet.* *L.* 3. *C. de aedific. privat.* — Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et *consuetudo* praecedens, et ratio, quae *consuetudinem* suasit, custodienda est.

57) Th. I. Tit. 13. §. 1.

58) Art. 104. 116. u. a. m.

59) §. 105.

90) Art. VIII. §. 4.

seiner allgemeinen durch ein Gesetz ausdrücklich erklärten Einwilligung die in seinem Lande übliche ehrbare Gewohnheiten überhaupt bestättigen, sondern auch in einer Verordnung einer gewissen einzelnen Gewohnheit insbesondere die Kraft eines Gesetzes ertheilen [61]). Unstreitig folgt hieraus, daß die allgemeine Grundlegung einer stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers bey dem Gewohnheitsrechte nichts weniger als gegründet sey, wie solches auch schon andere mit mehrern gezeigt haben [62]). Es kann vielmehr die Einwilligung des Gesetzgebers, wodurch den Gewohnheiten gleichsam das Siegel des gesetzlichen Ansehens aufgedruckt wird, eben sowohl eine ausdrücklich erklärte als eine stillschweigende seyn. Ob nun wohl in Ansehung des Effects kein Unterschied ist, ob der Gesetzgeber seine Genehmigung in eine entstandene Gewohnheit ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen giebt; so ist doch der Unterschied in Ansehung der Form dieser beyderley Art der Willenserklärung desto wichtiger. Denn so gewiß es ist, daß aus dem bloßen Stillschweigen nicht immer gleich eine Ein-

61) S. *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 232. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 393. am Ende und folg. EYBEL Introd. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 268.

62) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. XI. med. 2. WOLTAER Observat. iuris civ. Fascic. I. Obs. 7. §. 1. CRELL Observat. de origine et virtute iuris non scripti. Obs. 2. am Ende S. 11. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts §. 24. *Paul Ios. a.* RIEGGER Institut. iurisprud. eccleſiaſt. P. II. §. 110. pag. 59 besonders *von dem* BUSCH Diss. Cap. III. §. XXVI—XXXII.

Gebrauch, oder eine seit langer Zeit fortgesetzte Ausübung, welche die Stelle eines Rechtstitels vertreten kann, verstanden wird; und in eben diesem Sinn wird jener Ausdruck auch im kanonischen Rechte [42]) gebraucht, da wo von einer *consuetudine praescripta* die Rede ist. Dies sind diejenigen Bedeutungen, die zwar nicht unmittelbar zur Sache gehören, aber doch zu wissen nöthig sind [43]). Wir kommen nun zu unserm Zwecke näher, wenn wir weiter bemerken, daß 4) Gewohnheit für die öftere Wiederholung gleichförmiger Handlungen genommen werde; in dieser Bedeutung nehmen unsere Gesetze das Wort *consuetudo* ebenfalls, wenn sie dieselbe als den Entstehungsgrund des iuris non scripti ansehen [44]). In eben dieser Bedeutung schreiben sogar unsere Gesetze [45]) den Thieren eine Gewohnheit (*consuetudo*) zu, die nicht ohne rechtliche Wirkung ist. Sie ist zuweilen als ein künstlicher Beweiß des Eigenthums eines Thiers gebraucht worden [46]). Ferner verstehet man 5) unter Gewohnheit

42) *cap.* 5. 6. 8. u. 11. *X. de consuetud. c.* 50. *X. de elect. cap.* 3. *de consuet. in 6to.*

43) Mehrere Bedeutungen, auch noch mehrere Beweißstellen zu den von uns angeführten findet man beym BRISSONIUS de Verbor. signific v. *consuetudo.*

44) *L.* 32. *pr. L.* 35. *L.* 39. *D. de LL.* consuetudine inductum, comprobatum, obtentum est.

45) §. 15. *I. de rer. divis. L.* 5. §. 5. *D. de acquir. rer. dom. L.* 8. §. 1. *D. fam. ercisc.* wo gesagt wird, daß Pfauen, Tauben und Bienen, so lange unser Eigenthum bleiben, als sie das Wiederkommen nicht vergessen, (quam diu consuetudinem habeant ad nos revertendi).

46) Einen solchen Fall hat CRELL in Dissert. de orig. et virt. iuris non scripti. Obs. V. pag. 18. *Equus furto subtractus erat,*

heit auch diejenige Regel selbst, welche aus der Gleichförmigkeit freyer Handlungen entstanden ist. So z. B. wollen die Gesetze [47]), daß bey vorkommender Undeutlichkeit lezter Willensverordnungen auf die Gewohnheit des Erblassers (consuetudo patrisfamilias) d. i. auf die ihm eigene Art sich auszudrucken, und in dergleichen Falle, wovon die Rede ist, zu handeln, vor allen Dingen Rücksicht genommen werden solle. Es ist jedoch nicht gleich eine jede Regel, welche aus einer Reihe gleichförmiger Handlungen entstanden ist, für verbindlich zu halten, sondern es ist ein Unterschied zu machen, ob diese Regel nur von einem, oder mehrern einzelnen Personen, oder ob sie von allen ist beobachtet worden. Im erstern Falle verbindet dieselbe weder diejenigen, die sie freywillig beobachten, cum nemo eam sibi possit legem dicere, a qua ei recedere non liceat [48]); noch auch andere, nam inter alios gesta, quorum ex volun-

erat, et a domino deinde deprehensus. Hic vero, hunc equum suum esse, iureiurando affirmare decretabat: sed offerebat aliam probationem. Inter alia enim petebat, equum ad domum adduci suam, et observari, quid contingat: Quod facile impetravit a iudice. Equus, cum ad centum passus abesset a tugurio domini, dimissus ab auriga, confestim tugurium apertum cursu citato petiit. Intromissus stabula nota quaesivit; quae cum ab aliis equis occupata essent, non quievit, donec viam sibi faceret ad praesepia, atque ad eundem locum, in quo olim consistere solitus fuerat. Ita dominus obtinuit, ut equus redderetur.

47) *L.* 21. §. 1. *D. Qui testam. fac. poss. L.* 50. §. *ult. D. de legat.* 1. *L.* 14. *D. de ann. legat. L.* 23. §. 1. *D. de pecul. legato.*

48) *L.* 22. *pr. D. de legat.* 3.

voluntate valent, aliis non nocent, qui non consensisse probari possunt [49]); es wäre denn, daß die Gesetze selbst die besondere Gewohnheit eines Hausvaters in gewissen Fällen zur Norm vorgeschrieben hätten, wie z. B. bey Erklärung letzter Willensverordnungen. Es hat auch keinen Zweifel, daß der Richter dasjenige, was in einem gewissen Falle gemeiniglich und von den meisten zu geschehen pflegt, im Zweifel zum Entscheidungsgrunde annehmen könne, wenn nicht aus den Umständen zu ersehen ist, daß den Partheyen in dem vorliegenden Falle ein anderes gefallen habe [50]). Im zweyten Falle aber, wenn alle Einwohner einer gewissen Region zeither sich nach einer gewissen Regel gerichtet, und solche in der Meinung, daß sie so, und nicht anders, zu handeln verbunden, unabgeändert beobachtet haben, so wird eine solche Regel endlich durch die Länge der Zeit zur verbindlichen Gewohnheit [51]), und diese nimmt, so fern

49) *L. 1. C. inter alios acta etc. L. 74. D. de R. I.*

50) Man sehe hier die schon mehrmahlen angeführte Diss. des CRELL Obs. 3 pag. 15. woraus ich nur folgende Stelle anführen will: *Quoties non* ANIMO, CONSTITUENDI REGULAM, *aliquid invaluit, quamvis a multis frequentarum sit, vim consuetudinis et legis non habebit. Eo pertinent, quae vel* NON DIU *satis, vel* NON AB OMNIBUS, *sed a multis duntaxat, neque* PERPETUO SIMILITER, *observata sunt: ut appareat, cuiusque arbitrio permissum esse, an sequi velit exemplum reliquorum. Neque tamen, quae a* PLURIMIS *facta sunt, prorsus negligimus in iudicando.* SOLENT *enim,* QUAE PLERUMQUE FIUNT, *quamvis non expressa sint, in dubio* PRAESUMI; *nisi appareat,* DIVERSUM *placuisse. Ita* POMPONIUS *tradidit L. 3. D. de reb. cred.*

51) Sehr richtig sagte daher CICERO *de Invent.* lib. II. cap. 22. schon zu seinen Zeiten, CONSUETUDINIS *ius* esse putatur id, quod *voluntate omnium* sine lege vetustas comprobavit.

fern sie vom Gesetzgeber, es sey stillschweigend oder ausdrücklich, gebilliget worden, das Gepräge eines Gesetzes an. Daraus entsteht nun die Idee einer Gewohnheit im strengsten Verstande, und für Gesetz genommen. Gewohnheit, in so fern man darunter ein nicht geschriebenes Gesetz verstehet, ist also endlich 6) eine verbindliche Norm, welche aus gleichförmigen Handlungen der Unterthanen entstanden, und durch die Genehmigung der höchsten Gewalt im Staate Gesetzes Kraft erhalten hat. Von dieser wird nun vorzüglich zu handeln seyn. So gewöhnlich es nun ist, die Wörter Gewohnheit und Observanz in allgemeiner Bedeutung für Eins zu nehmen, insofern man darunter überhaupt eine Regel verstehet, welche nicht ausdrücklich vorgeschrieben, sondern durch Handlungen eingeführt worden ist; so gewiß ist es doch, daß im eigentlichen Verstande zwischen beyden ein sehr wichtiger Unterschied vorhanden sey. Denn Observanz in der eigentlichen und engern Bedeutung ist eine Regel oder Entscheidungsnorm, welche in einem Collegium, oder universitate personarum durch einen stillschweigenden Vertrag derjenigen, welche dabey interessirt sind, ihr Daseyn und verbindliche Kraft erhalten hat [52]). Der Unterschied zwischen Gewohnheit und Observanz, insofern beydes in seiner eigentlichen und engern Bedeutung genommen wird, besteht nun im

Fol-

52) S. Schnaubert's Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. I. Th. N. VI. §. 2. u. 3. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 235. Meurers juriſt. Abhandl. 1. Samml. N. VI. und besonders *Car. Frid. Guil. de* SPANGENBERG Commentat. de obſervantia imperii. *Halae* 1794. 8. Cap. I.

Folgenden. I) Die Gewohnheit wird durch Handlungen der Unterthanen; die Observanz durch Handlungen in einem Collegio eingeführt. Sie können übrigens von Mitgliedern des Collegiums sowohl, als auch von Fremden vorgenommen werden, indem auch diese dadurch ein Recht in einer Gesellschaft, deren Genoßen sie nicht sind, erlangen können [53]). II) Die Gewohnheit erhält ihre verbindliche Kraft durch die Genehmigung des Gesetzgebers; die Observanz aber durch die stillschweigende Einwilligung des Kollegiums, oder derjenigen Mitglieder derselben, welche bey der Sache interessirt sind. III) Die Gewohnheit hat demnach die Kraft eines eigentlichen Gesetzes; die Observanz aber die Kraft eines stillschweigenden Vertrags (vim taciti pacti). [54]). IV) Zur Einführung einer Gewohnheit werden mehrere, und eine lange Zeit hindurch fortgesezte Handlungen erfordert, zur Observanz aber nicht, weil zu einem durch Vertrag erworbenen Rechte weder

53) So z. B. kann das Recht bey der Wahl eines Prälaten zu concurriren, und ein Stimmrecht auszuüben, durch Observanz von Fremden erworben werden, die sonst keine Mitglieder des Capitels der verwaißten Kirche sind, und also ordentlicherweise in demselben keinen Sitz und Stimme haben. *cap. 8. X. de consuet. c. 50. X. de elect.* Auch das Recht, für eine ledige Pfründe einen Geistlichen zu ernennen, kann man durch Observanz acquiriren. *c. 24. X. eodem.* S. ZOEHMER a. a. O. § 236. not. d. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 311. *Mayr.* SCHENKEL in Iuris Eccles. statui Germ. maxime et Bavariae accommod. Syntagm. (*Salisb.* 1786. 8.) §. 467.

54) *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decis. P. II. Decis. LI. n. 17. pag. 104.

weder mehrere Handlungen, noch der Ablauf einer gewissen Zeit vonnöthen ist [55].

§. 85.

Wodurch erhält eine gesetzliche Gewohnheit ihr Daseyn und Gültigkeit.

Es kommt nun in der weitern Entwickelung der Lehre vom Gewohnheitsrechte hauptsächlich auf zwey Fragen an. I) Wie entsteht eine gesetzliche Gewohnheit? und II) wodurch erhält sie verbindliche Kraft? In Ansehung der erstern Frage bemerken wir hier nur im Allgemeinen, daß zur Einführung einer Gewohnheit habile Handlungen erfordert werden. Wie aber diese Handlungen geeigenschaftet seyn müssen, wird uns der folgende Paragraph erst lehren. Soviel hiernächst die zweyte Frage anbetrift, so ist nun zwar soviel ausser allem Zweifel, daß eine gesetzliche Gewohnheit ihre verbindliche Kraft durch den Willen des Gesetzgebers bekommt, ohne welchen sich überhaupt kein positives Gesetz gedenken läßt; allein eine andere Frage ist,

55) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 147. Bey der Lehre von der kirchlichen Observanz hat auch der berühmte Hr. Geh. JustizR. Böhmer in seinem vortreflichen Lehrbuche des Canonischen Rechts §. 236. richtig bemerkt, daß *unicum factum haud contradictum, opinione iuris, sciente et non contradicente ecclesia, susceptum* zur Begründung einer solchen Observanz genüge; und man kann dies allerdings als einen allgemeinen Satz in der Lehre von der Observanz gelten lassen. S. Meurer a. a. O. §. 5. u. folgg. RETTELBLADT Syst. elem. iurispr. pos. Germ. §. 889. und besonders de STANGENBERG cit. Commentat. Cap. I. § 9. et 10.

ist, worgus dieser Wille des Gesetzgebers zu erkennen sey? Nach der gewöhnlichen Theorie, die auch in dem System unsers Autors herrscht, behauptet man, daß die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich auf dem stillschweigenden Consens des Gesetzgebers beruhe, dieser aber aus der nicht widersprochenen öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen der Unterthanen gefolgert werden müsse. Allein prüft man diese Theorie genauer, vergleicht man sie mit dem, was die Erfahrung und die Gesetze selbst uns hiervon lehren, so wird man gar bald einsehen, daß sie äusserst mangelhaft sey. Wie! wenn der Gesetzgeber durch ausdrückliche Verordnungen festgesetzt hätte, daß in gewissen Fällen vernünftige Gebräuche und gute Gewohnheiten den Gesetzen gleich beobachtet werden sollen! Und haben wir nicht sowohl im römischen Gesetzbuche, als in den teutschen Reichs- und Landesgesetzen Beyspiele genug, die dieses bestättigen? Wer hieran zweifelt, lese nur die Verordnungen des röm. Kaisers Alexander [56]), die Cammergerichtsordnung [57]), die P. Gerichtsordnung Carls V. [58]), den jüngsten Reichsabschied von 1654 [59]) das *Instrumentum Pacis Osnabrugensis* [60]) u. a. m. Ja es kann der Gesetzgeber nicht nur mittelst seiner

56) *L.* 1. *C. quae sit longa consuet. L.* 3. *C. de aedific. privat.* — Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem controversiarum genere servata sunt, causa cognita statuet. Nam et *consuetudo* praecedens, et ratio, quae *consuetudinem* suasit, custodienda est.

57) Th. I. Tit. 13. §. 1.

58) Art. 104. 116. u. a. m.

59) §. 105.

90) Art. VIII. §. 4.

seiner allgemeinen durch ein Gesetz ausdrücklich erklärten Einwilligung die in seinem Lande übliche ehrbare Gewohnheiten überhaupt bestättigen, sondern auch in einer Verordnung einer gewissen einzelnen Gewohnheit insbesondere die Kraft eines Gesetzes ertheilen [61]). Unstreitig folgt hieraus, daß die allgemeine Grundlegung einer stillschweigenden Genehmigung des Gesetzgebers bey dem Gewohnheitsrechte nichts weniger als gegründet sey, wie solches auch schon andere mit mehrern gezeigt haben [62]). Es kann vielmehr die Einwilligung des Gesetzgebers, wodurch den Gewohnheiten gleichsam das Siegel des gesetzlichen Ansehens aufgedruckt wird, eben sowohl eine ausdrücklich erklärte als eine stillschweigende seyn. Ob nun wohl in Ansehung des Effects kein Unterschied ist, ob der Gesetzgeber seine Genehmigung in eine entstandene Gewohnheit ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen giebt; so ist doch der Unterschied in Ansehung der Form dieser beyderley Art der Willenserklärung desto wichtiger. Denn so gewiß es ist, daß aus dem bloßen Stillschweigen nicht immer gleich eine Ein-

61) S. *G. L.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 232. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 1. Th. S. 393. am Ende und folg. EYBEL Introd. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 268.

62) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. P. I. Spec. XI. med. 2. WOLTAER Observat. iuris civ. Fascic. I. Obs. 7. §. 1. CRELL Observat. de origine et virtute iuris non scripti. Obs. 2. am Ende S. 11. Weber Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts §. 24. *Paul Ios. a.* RIEGGER Institut. iurisprud. eccleſiast. P. II. §. 110. pag. 59 besonders *von dem* BUSCH Diss. Cap. III. §. XXVI—XXXII.

willigung schlieſſen läßt, ſofern nicht entweder eine Verbindlichkeit vorhanden war, zu widerſprechen, falls man mit dem, was geſchiehet, nicht zufrieden iſt, oder das Stillſchweigen nach den Umſtänden der Sache gar keine andere vernünftige Erklärung litte, als dieſe, daß es eine Einwilligung zum Grunde habe [63]); ſo unläugbar iſt es auch, daß daraus allein, daß der Geſetzgeber zu den Handlungen ſeiner Unterthanen, die ſie bisher nach einer gewiſſen unter ſich beobachteten Regel alle auf einerley Art unternommen haben, ſtillſchweigt, noch keinesweges der Wille deſſelben, dieſer Gewohnheit die Kraft eines Geſetzes zu ertheilen, gefolgert werden könne; ſondern es wird vielmehr dazu erfordert, daß die Handlungen und das Benehmen des Regenten ſo beſchaffen ſeyen, daß daraus mit Gewißheit auf ſeine Einwilligung geſchloſſen werden könne. Dieſes aber kann nur alsdann mit Grunde geſchehen, wenn erwieſen iſt, daß der Geſetzgeber eine gewiſſe Notiz von derjenigen Gewohnheit gehabt, von deren verbindenden Kraft die Rede iſt, und dennoch den nach derſelben bisher und ſchon ſeit langer Zeit unternommenen Handlungen ſeiner Unterthanen niemals widerſprochen, ſondern vielmehr dieſelben ein- oder wohl mehrmahlen ſelbſt beſtätiget habe. Wenn im Gegentheil die Genehmigung vom Geſetzgeber auf die Art geſchehen, daß derſelbe durch eine ausdrückliche Verordnung über die in ſeinem Lande übliche Gewohnheiten zu halten befohlen hätte, ſo iſt in einem ſolchen Falle nicht nöthig, daß der Geſetzgeber jede einzelne Gewohnheit, und die Handlungen, wodurch dieſe eingeführet worden, gewußt haben

63) S. Reinhardts Sammlung juriſt. philoſoph. u. krit. Aufſätze. 1. Bandes 5. Stück. S. 308.

haben müsse [64]); nein es ist genug, daß einmahl die generelle Bestättigung geschehen; es wäre denn, daß von solchen Gewohnheiten die Rede sey, welche geschriebenen Gesetzen gerade entgegen streiten. Gewohnheiten dieser Art müssen durchaus in specie vom Landesherrn gebilliget seyn; und es wird der deutlichste Beweiß erfordert, daß sie zu seiner Wissenschaft gekommen sind. Denn ohnmöglich können jene Gesetze, welche die Gewohnheiten im allgemeinen bestättigen, so ausgelegt werden, als ob der Regent seinen Unterthanen die Befugniß ertheilet hätte, seinen einmahl gegebenen Gesetzen, durch Einführung anderer Gebräuche, ihre Kraft zu entziehen [65]).

Da übrigens die gesetzliche Kraft der Gewohnheiten lediglich von der Einwilligung des Gesetzgebers abhängt, so versteht sich's, daß die Gültigkeit derselben

64) *cap.* 1. *de constitut. in 6to.* Hiermit stimmt auch überein Danz im Handbuch des heut. teutschen Privatrechts 1. Band §. 56. S. 194.

65) Vortreflich sagt RICCIUS in Spicilegio iuris Germanici pag. 2. seqq. *Quum omnem legis condendae et publicandae potestatem populus in principem transtulerit, et naturali ratione eius sit solvere, qui potest velle, frustra utique in principem legislatoria potestas foret collata, si civibus liceret, leges, quas vellent, contrario usu vel pluribus actibus publice susceptis, legi contrariis antiquare. Graviter proinde et recte iam olim in diplomate suo de a.* 1360. *pronunciavit Rudolphus IV. Archidux Austriae:* so soll noch mag dieselbe Gewohnheit, wie alt sie wär, die also wider das gemeine Recht, und wider die Wahrheit ist, kein sunder Recht machen noch bringen. *Rei enim veritate inspecta non plures actus publice susceptі, sed mutata principis voluntas factis declarata tollit legem antea latam.*

nie weiter ausgedehnet werden dürfe, als der Consens des Gesetzgebers sich erstreckt. Hätte also der Landesherr ausdrücklich erklärt, daß nur die alten guten Gewohnheiten allein, oder nur diejenigen Gewohnheiten, welche er in sein Gesetzbuch aufgenommen hätte, eine gesetzliche Kraft haben sollten, so sind nur diese allein für gültig zu halten, und kann in solchen Fällen der Consens des Landesherrn weder auf künftige neue Gewohnheitsrechte, noch auf diejenigen alten Gewohnheiten gezogen werden, die in dem Gesetzbuche nicht begriffen sind, sondern es sind vielmehr solche als aufgehoben anzusehen [66]).

§. 86.

Erfordernisse einer gültigen Gewohnheit.

Wir schreiten nun zur ausführlichern Erörterung der im vorigen Paragraph aufgeworfenen erstern Frage, und wollen jetzt zeigen, wie diejenigen Handlungen beschaffen seyn müssen, durch welche eine legale Gewohnheit eingeführt werden soll? Die gesetzlich bestimmten Eigenschaften solcher Handlungen sind folgende.

I) Es werden mehrere Handlungen erfordert. Nicht nur die Natur einer jeden Gewohnheit an sich, als welche nur aus wiederholten Handlungen entstehen kann, bringt

66) Ein Beyspiel davon giebt das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten I. Th. Einleit. §. 3. — Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche in den Provinzen und einzelnen Gemeinheiten gesetzliche Kraft haben sollen, müssen den Provinzialgesetzbüchern einverleibt seyn.

bringt dieses nothwendig mit sich, sondern die Gesetze [67]) selbst haben es auch deutlich bestimmt. Eine einzige Handlung ist also nicht hinreichend. Denn wie könnte man daraus eine gewisse und beständige Regel für die Zukunft folgern? Zwar fehlt es nicht an Rechtsgelehrten [68]), welche diesem ohngeachtet sich überredet haben, daß auch durch einen einzigen Act eine Gewohnheit begründet werden könne. Allein diese Meinung bedarf keiner Widerlegung, wenn sie auch von andern [69]) nicht schon so gründlich wäre widerleget worden. Wie viele Handlungen nun aber zur Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit erforderlich sind? darüber treffen wir nirgends in unsern Gesetzbüchern eine entscheidende Bestimmung an. Kein Wunder ist es demnach, wenn die Rechtsgelehrten desfalls in ihren Meinungen nicht mit einander übereinstimmen? Einige [70]) wollen zwey Handlungen schon für hinlänglich halten. Allein diese sind von Voet [71]), Noodt [72]), und am

67) *L.* 1. *C. quae sit long. consuet. L.* 3. *C. de aedific. privat.*

68) Z. B *de* COCCEII Iur. Controv. h. t. Qu. 10. TITIUS iur. privato lib. I. c. 7. §. 9. *Bened.* OBERHAUSER Praelect. canon. iuxta titulos Decretalium lib. I. tit. IV. de consuetudine §. 9. ZYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 270. Not. a. nr. 1. pag. 86.

69) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Vol. I. Spec. XI. med. 7. pag 211. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts 1 Th. S. 373. Not. z.

70) Dieser Meinung sind CARPZOV P. II. Const. 3. definit. 22. n. ult. SCHILTER Exerc. 2. th. 17. GAIL lib. II. Obs. 31. n. 7. Eichmann a. a. O. S. 374. u. a. m.

71) Commentar. ad Digesta Tom. I. h. t. §. 29.

72) Comment. ad Dig. h. t. pag. 15.

neueſten von den Gebrüdern Overbeck [73]) gründlich widerleget worden. Nur haben letztere ein Hauptargument überſehen, worauf ſich die Vertheidiger jener Meinung ganz vorzüglich ſtützen. Dieſes iſt der Ausſpruch Ulpians [74]): *pluralis elocutio duorum numero contenta eſt.* Ob jedoch dieſes Argument mehr, als die übrigen, beweiſe, daran zweifele ich noch ſehr. Das Geſetz redet eigentlich vom Beweiſe durch Zeugen, und will, daß in jedem Falle, wo mehrere Zeugen erfordert werden, die Zahl derſelben aber doch nirgends ausdrücklich beſtimmt worden iſt, ſchon zwey genügen ſollen, weil dieſe, vorausgeſetzt, daß ſie untadelhaft ſind, in der Regel einen vollſtändigen Beweis machen. Hier iſt alſo von keiner legalen Gewohnheit die Rede, und der Unterſchied zwiſchen Beweis und Gewohnheit iſt, wie mich dünkt, zu auffallend, als daß von der Anzahl der zu einem vollſtändigen Beweis erforderlichen Zeugen, auf die Zahl der Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführt werden ſoll, der Schluß gelten könnte [75]). Die meiſten behaupten daher, daß zwey Handlungen für zureichend nicht

73) Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 3. Band. Meditat. 182. S. 312. u. folgg.

74) *L.* 12. *D. de teſtibus.*

75) Von dem gewöhnlichen Mißbrauch der *L.* 12. *D. de teſt.* und den daher entſtandenen Irrthümern haben bey andern Gelegenheiten ſchon ein Wort zu ſeiner Zeit geredet. *God. Lud.* MENCKEN in Commentat. ad L. XVIII. C. de teſtib. *Lipſiae* 1748. pag 14. und *I. D.* WIBEKIND in Diſſ. de incommodis per interpretationes uſuales et obſervantias in iurisprud. invectis §. 22. Siehe auch meine Opuſcula Faſc. I. pag. 16.

nicht zu halten [76]). Sie glauben, daß uns die Gesetze [77]) selbst dies lehren, wenn diese zur Begründung einer Gewohnheit erfordern, daß etwas *frequenter* d. i. häufig geschehen sey, welches sich aber von dem, was zweymahl geschehen, noch nicht sagen ließe.

Diejenigen, welche in Ermangelung besonderer landesherrlicher Verordnungen die Sache dem Ermessen des Richters überlassen wissen wollen, hegen ohnstreitig die richtigste Meinung [78]). Es kommt also alles darauf an, ob so viele Handlungen würklich vorgekommen sind, daß aus denselben nicht nur überhaupt eine gewisse und beständige Regel hergeleitet, sondern auch mit Gewißheit auf die Einwilligung und Zufriedenheit des Landesherrn geschlossen werden kann. Dieser Beweis aber liegt jederzeit demjenigen ob, der sich in einer streitigen Gewohnheit gründet. Kann dieser Beweis geführt werden, so kommt es auf die Vielheit der Acte gar nicht an. Die Ge-

 wohn-

76) Ausser den angeführten NOODT, VOET u. s. w. glauben dieses GUNDLING in Gundlingianis St. VII. Obs. 3. §. 17. KEMMERICH de probatione consuetudinis. Sect. II. §. 4. lit. c. VINNIUS Comment. ad §. 9. I. de I. N. G. et C. Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 130. S. 309. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Proleg. Cap. II. §. 11.

77) *L.* 1. *C. quae sit long. consuet. L.* 3. *C. de aedific. priv.*

78) So urtheilen CUJACIUS Lib. XX. Obs. 1. ZASIUS ad. L. 32. D. de LL. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 17. (*Commentat. academicar. Helae editar.* Vol. IV. pag. 33.) *von dem* BUSCH de consuetudine §. VII. u. XXXVII. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 58. S. 59. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. XI. not. a. Danz im angef. Handbuch 1. B. §. 56. S. 197. u. a.

wohnheiten sind überhaupt nicht alle von einerley Art. Die eine Gewohnheit erfordert weniger, die andere mehrere Handlungen. Manche Handlungen sind ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie nur selten vorkommen können. Solche Handlungen erregen ihrer Neuheit wegen Aufmerksamkeit, und wenige derselben können daher oft eben dieselbe Würkung haben, welche in andern Fällen nur aus der öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen entstehen kann [79]).

II) Müssen die Handlungen der Unterthanen gleichförmig, das heißt, alle nach einerley Regel unternommen worden seyn. Aus ungleichen Handlungen kann keine Gewohnheit erwachsen. Denn aus solchen läßt sich keine gewisse und beständige Regel herleiten. Man setze also, der Richter eines Orts habe in einem Falle, da ein Delinquent selbst nichts im Vermögen gehabt, die peinlichen Kosten von den Unterthanen beytreiben lassen; sie hätten solche auch das erste und zweytemal getragen, das drittemahl aber ganz verweigert; das viertemahl nur das Henkergeld beygebracht, so kann derselbe, wenn er in einem fünften Falle die Inquisitionskosten abermahl verlangt, die Gerichtsunterthanen aber dieselben verweigern, sich auf keine Gewohnheit berufen. Denn dazu wird erfordert, daß in der ganzen Reihe von Handlungen, wodurch eine Gewohnheit begründet werden soll, auch nicht eine einzige vorkomme, welche den übrigen entgegen ist [80]). Dieses ist es, wenn die Rechtslehrer sagen, die actus

79) Man sehe noch Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. (Leipzig 1795. 8.) 8. Betracht. und GUILLEAUME cit. Diss. Cap. IV. §. 16. nr. I.

80) *L.* 34. *D. de Reg. jur.*

actus consuetudinis introductivi müssen *uniformes* et *continui* seyn. Hieraus erhellet zugleich, daß eine Gewohnheit, die noch in ihrer Entstehung ist, durch eine einzige contrâre Handlung gleichsam in ihrer Geburt erstickt werden kann [81]).

III) Dürfen die Handlungen nicht der gesunden Vernunft, noch dem gemeinen Wohl zuwider, sondern sie müssen so beschaffen seyn, daß die Regel, nach welcher sie unternommen worden sind, auch als ein ausdrückliches Gesetz hätte promulgiret werden können [82]). Ist dieses nicht, so ist die Gewohnheit unvernünftig. Eine solche aber kann nie eine gesetzliche Kraft erlangen, weil sich hier keine Einwilligung des Gesetzgebers annehmen läßt [83]). So z. B. kann keine Gewohnheit Verbrechen zu erlaubten Handlungen machen, wenn sie auch noch so lange ungestraft geblieben wären [84]). Denn auch hundert Jahr Unrecht ist keine Stunde Recht [85]). Solche unvernünftige Gewohnheiten verwerfen

81) S. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* decisiones Vol. IV. Obs. 65. CRAMER Observat. iuris univ. T. III. Obs. 847 § 13. et 14.

82) S. NETTELBLADT System. element. iurisprud. positivae Germ. commun. §. 169. und MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Obs. 32.

83) *Nov.* IUSTINIANI *CXXXIV. cap.* 1. wo es nach der Hombergischen Version heißt: *Neque consuetudines nominent, aut quaerant, quas forte aliqui anteceſſorum ad lucrum ſuum iniuſte excogitarunt. Quae enim male excogitata ſunt, ea* NEC LONGA CONSUETUDINE *confirmari volumus.* Hierher gehört auch *L. 2. C. quae ſit longa conſuet.* u. *Can. 4. Diſt. XI.*

84) PUFENDORF Tom. I. Obs. 189. pag. 483.

85) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. 1. Abth. Nr. VIII.

werfen die Gesetze ausdrücklich, und der 218te Artikel der P. Gerichtsordnung Carls V. enthält ein ganzes Register von denselben. Man trift aber ausser diesen noch hier und da dergleichen alte unvernünftige Gewohnheiten, besonders unter den Handwerkern, Bauern, und andern geringern Ständen an, auf welche der Richter bey seinen Erkenntnissen keine Rücksicht nehmen darf [86]). Auch die canonischen Rechte [87]) eyfern namentlich gegen unvernünftige Gewohnheiten, die besonders dem Wohl der Kirche entgegenstreiten, so nachdrücklich, daß man sich billig wundern muß, wie es dennoch habe Rechtsgelehrten [88]) geben können, die auch unvernünftige Gewohnheiten in Schuz genommen. Doch ihre Gründe sind schon von andern genug geprüfet, und in ihrer Blöse dargestellet worden [89]). Ich bemerke hier nur noch, 1) daß man sich zwar bey Beurtheilung der Vernunftmäßigkeit einer Gewohnheit billig nach dem Geiste der Zeiten, wie auch nach den an jedem Orte herrschenden Meinungen und Sitten richten müsse [90]); man darf aber doch auch nie dabey vergessen, daß offenbare Volksalbernheiten, auch unter dem Schilde des grauen Alterthums,

86) S. WIESAND Opusc. Spec. I. Obs. 1. CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 7.

87) S. *cap.* 1. 3. 4. 5. 7. 9. 10. X. *de consuet.*

88) THOMASIUS in Diss. de iure consuet. et observant. §. 36. und GERCKENBERG in Diss. de iure observantiae ac consuetudinis §. 7.

89) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 5. et 6. pag. 207.

90) Runde in den Grundsätzen des allgem. teutschen Privatrechts §. 58.

thums, das Ansehen einer legalen Gewohnheit unmöglich behaupten können [91]). 2) Wenn gleich unvernünftige Gewohnheiten an sich keine gesetzliche Kraft noch Verbindlichkeit haben, vielmehr jeder Obrigkeit obliegt, für deren Abstellung besorgt zu seyn; so ist ihnen dennoch nicht alle rechtliche Wirkung abzusprechen, indem sie z. B. auf die Strafbarkeit einer Handlung wichtigen Einfluß haben können [92]).

IV) Die Handlungen müssen ferner in der Meinung moralischer Nothwendigkeit (ex opinione obligationis) unternommen worden seyn [93]); das heißt,

91) Danz in dem angef. Handbuche 1. Band. §. 58. nr. VII. S. 212.

92) CRELL Diss. de orig. et virt. iuris non scripti. Obs. III. pag. 14 — TEMPERATUR *poena facti illiciti, quod quis non dolo, sed imitatione aliorum, et* CONSUETUDINE *adductus, admisisse videtur. Imo vero aliquando qui* CONSUETUDINEM RECTE CANDI *a pluribus* RECEPTA, *malo increbrescente, licentiosius deliquerit, cum non ignorantia, sed maiori audacia peccasse videatur,* SEVERIUS PUNITUR; *ut reliqui exemplo supplicii deterreantur. Nam generaliter,* POENA ARBITRARIA *tunc demum, propter* CONSUETUDINIS EXCUSATIONEM, *mitigatur, si appareat, non tam* DOLO, *quam* IGNORANTIA *peccatum esse.* Hiermit stimmen auch die Gesetze überein. *L.* 16. §. 10. *D. de poenis. L.* 1. *D. de abigeis. Nov.* 154. Man sehe PÜTTMANN de delictis, quae consuetudine excusantur: in selectis ex iure vario capitibus. *Lips.* 1790. Cap. 2. und Kleinschrods Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 175. und 2. Th. §. 20.

93) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 8. REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 65. n. IV. pag. 96. HETTELBLADT System. element. iurispr. posit. Ger-

heißt, es müssen diejenigen, durch deren gleichförmige Handlungsart eine rechtliche Gewohnheit bewirkt werden soll, darum so, wie bisher geschehen, gehandelt haben, weil sie sich verbunden hielten, ihren Handlungen gerade diese und keine andere Richtung zu geben. Denn hier ist von Einführung einer solchen Gewohnheit die Rede, durch welche eine verbindliche Richtschnur für die Unterthanen aufgestellet wird. Da nun diese Regel aus den Handlungen derselben gefolgert werden muß, so müssen nothwendig auch diese an sich verbindlich seyn [94]). Hieraus folgt, daß Handlungen, die das Gepräge der bloßen Willkührlichkeit an sich tragen, oder nur aus Freundschaft, oder Mitleid und Menschengefühl, wenn gleich von mehrern, und zu wiederholtenmahlen geschehen, keine verbindliche Gewohnheit begründen können. Man setze also, es sey an einem Orte einigemahl geschehen, daß der Gutsbesitzer das in seinem Eigenthum gefundene und von den Eltern ausgesetzte Kind aus Mitleid aufgenommen, solches ernährt und erzogen hätte, so läßt sich hieraus eben so wenig eine verbindliche Regel, daß jeder Eigenthümer die auf seinen Grundstücken ausgesetzte Findelkinder zu verpflegen schuldig sey, herleiten, als in einem andern Falle, wenn nämlich an einem Orte, wo das Nachbarrecht gesetzlich eingeführt ist, zuweilen der Käufer das erkaufte Grundstück dem Nachbar des Verkäufers aus Freundschaft für dasselbe Geld, was es ihm gekostet, wieder

Germanor. §. 169. Beyspiele hiervon haben BOEHMER Consultat. et Decis. T. I. Part. II. Resp. 45. n. 417. seqq. und T. II. Resp. 869. n. 12. seqq. auch *de* LUDOLF Observat. forens. P. II. Obs. 169. pag. 382.

94) Eben dieß wird auch sowohl in der *L.* 34. *D. h. t.* als der *L.* 3. *C. de aedif. privat.* nicht undeutlich zu erkennen gegeben.

wieder überlassen hätte, behauptet werden könnte, daß dem Nachbar der Retract vermöge eines Gewohnheitsrechts an diesem Orte zustehe. Ob jedoch Handlungen blos aus gutem Willen, oder in der Meinung einer Verbindlichkeit geschehen, ist theils aus der Beschaffenheit der Handlungen selbst, theils aus dem Grunde, warum eine Gewohnheit eingeführt worden [95]), theils aus der Länge der Zeit, theils aus dem nie erfolgten, oder nie geachteten Widerspruche, theils aus den darauf gegründeten rechtskräftigen Erkenntnissen zu beurtheilen, auf welches letztere uns Ulpian oben angeführtermassen ganz vorzüglich verweiset. Noch eins muß ich hierbey anmerken. Wenn ich moralisch nothwendige Handlungen zur Einführung einer verbindlichen Gewohnheit erfordere, so folgt, daß alle unfreywillige, durch unerlaubten Zwang veranlaßte, oder auf offenbaren Irrthum sich gründende Handlungen hier auszuschliessen sind [96]).

V) Zur Bestättigung eines Gewohnheitsrechts muß nun ferner noch die Länge der Zeit (diuturnitas temporis) hinzukommen. Die Ausdrücke *consuetudo inveterata* [97]), *diuturna* [98]) *per annos plurimos observata* [99]) *longaevus usus* [100]), *consuetudo antiquitus probata et*

95) *L.* 1. *Cod. quae sit longa consuetudo* schärft daher dem Richter ein, auf rationem, quae consuetudinem suasit, zu sehen.

96) *Actus per vim metumque gesti nihil operantur*, sagt *I. H.* BOEHMER in Introd. in ius Digestor. h. t. §. 20. nr. 4. Von einer erronea consuetudine aber handelt *L.* 39. *D. h. t.*

97) *L.* 32. §. 1. *D. h. t.*

98) *L.* 33. *D. eodem.*

99) *L.* 35. *D. eodem.*

100) *L.* 2. *C. quae sit longa consuetudo.*

et tenaciter seruata [1]), welche wir in den römischen Gesetzen antreffen, geben solches deutlich zu erkennen. Die Zeit selbst aber, wie lange die Regel müsse beobachtet worden seyn, die zum lex non scripta werden soll, haben uns die römischen Gesetze nirgends genau bestimmt. Man pflegt daher gemeiniglich zum canonischen Rechte seine Zuflucht zu nehmen, in der Meinung, daselbst deutlichere Bestimmungen anzutreffen. Die Päbste reden nämlich in einigen Stellen ihres Gesetzbuchs von einer *consuetudine legitime praescripta.* [2]). Hieraus zieht man die Folge, daß nach canonischen Rechten eben so viel Zeit zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erfordert werde, als zur Verjährung nöthig ist. Dies ist auch die Meinung unsers Herrn Autors. Allein denkt man der Sache etwas genauer nach, so wird man bald einsehen, daß die Analogie von der Verjährungszeit hier ganz unanwendbar sey. Was hat doch die Verjährung, die eines Theils als Strafe der Nachlässigkeit eingeführt worden, und andern Theils nur auf Sachen und Rechte einzelner Privatpersonen sich beziehet, mit einer gesetzlichen Gewohnheit gemein, die als eine verbindliche Regel für viele aufgestellet wird? Doch vielleicht wird man sagen, es komme hier nicht auf den Begriff, sondern nur auf die Zeit der Verjährung an. Gut; ist denn aber damit der Schwierigkeit abgeholfen? Wer weiß nicht, wie sehr verschieden die gesetzlich bestimmte Zeit der Präscri-

1) *L. 32 C. eodem.*

2) Man beruft sich zwar vorzüglich auf *cap.* 11. *X. de consuetudine*; allein es giebt mehrere Texte des canonischen Rechts, in welchen einer *consuetudinis praescriptae* Meldung geschiehet, als *cap.* 50. *X. de elect. c.* 9. *de ffioc. ordinar. in* 6to. *c.* 3. *de consuet. in* 6.

scription sey? Gesetzt nun also, die Päbste hätten in den deshalb angeführten Stellen zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit den Ablauf einer gesetzlichen Verjährungsfrist im Ernst gemeint, soll dieses von einer zehen- oder zwanzig- oder dreyßig- oder vierzigjährigen oder einer noch längern Zeit zu verstehen seyn? Kein Wunder, wenn wir daher auch hierin eine so grosse Verschiedenheit der Meinungen gewahr werden [3])? Ich meines Theils bin vollkommen überzeugt, daß im canonischen Rechte so wenig als im römischen eine gewisse Zeit zur Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit bestimmt sey, und die Fabel von der Präscription der Gewohnheitsrechte ist schon von andern [4]) aus so bündigen Gründen verworfen worden, daß sie unter den neuern

3) Einige erfordern zur Begründung eines Gewohnheitsrechts eine Zeit von 10 oder 20 Jahren, weil diese den Raum einer langen Zeit beschränken; dies behaupten DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. c. 10. BERGER Oeconom. iuris Lib. I. Tit. I. §. 19. n. 3. SCHILTER Ex. 2. §. 19. *von dem* BUSCH in der oben angef. Diss. cap. III. §. 38. Andere eine Zeit von 30 oder 40 Jahren, wie GIBERT Corp. iur. canon. pag. 87. u. Hr. geh. Justizrath BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 5. §. 232. Noch andere, und zwar ältere Rechtsgelehrte, erfordern eine Zeit von 100 Jahren; diesen Zeitraum sollen die Ausdrücke *longaevus usus*, *inveterata consuetudo* in sich fassen. Alle diese Meinungen findet man jedoch in der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Meditat. 181. S. 309. u. folgg. hinlänglich widerlegt.

4) S. *Io. Henr.* HOCHSTETTER Diss. de praescriptione consuetudinis ad cap. ult. X. de consuetud. Stuttgard. 1776. und Meuers juristische Abhandlungen und Beobachtungen. 1. Samml. Leipzig 1780. S. 157.

neueſten von den Gebrüdern Overbeck [73]) gründlich widerleget worden. Nur haben letztere ein Hauptargument überſehen, worauf ſich die Vertheidiger jener Meinung ganz vorzüglich ſtützen. Dieſes iſt der Ausſpruch Ulpians [74]): *pluralis elocutio duorum numero contenta eſt.* Ob jedoch dieſes Argument mehr, als die übrigen, beweiſe, daran zweifele ich noch ſehr. Das Geſetz redet eigentlich vom Beweiſe durch Zeugen, und will, daß in jedem Falle, wo mehrere Zeugen erfordert werden, die Zahl derſelben aber doch nirgends ausdrücklich beſtimmt worden iſt, ſchon zwey genügen ſollen, weil dieſe, vorausgeſetzt, daß ſie untadelhaft ſind, in der Regel einen vollſtändigen Beweis machen. Hier iſt alſo von keiner legalen Gewohnheit die Rede, und der Unterſchied zwiſchen Beweis und Gewohnheit iſt, wie mich dünkt, zu auffallend, als daß von der Anzahl der zu einem vollſtändigen Beweis erforderlichen Zeugen, auf die Zahl der Handlungen, wodurch eine Gewohnheit eingeführt werden ſoll, der Schluß gelten könnte [75]). Die meiſten behaupten daher, daß zwey Handlungen für zureichend nicht

73) Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 3. Band. Meditat. 182. S. 312. u. folgg.

74) *L.* 12. *D. de teſtibus.*

75) Von dem gewöhnlichen Mißbrauch der *L.* 12. *D. de teſt.* und den daher entſtandenen Irrthümern haben bey andern Gelegenheiten ſchon ein Wort zu ſeiner Zeit geredet. *God. Lud.* MENCKEN in Commentat. ad L. XVIII. C. de teſtib. *Lipſiae* 1748. pag 14. und *I. D.* WIBEKIND in Diſſ. de incommodis per interpretationes uſuales et obſervantias in iurisprud. invectis §. 22. Siehe auch meine Opuſcula Faſc. I. pag. 16.

nicht zu halten [76]). Sie glauben, daß uns die Gesetze [77]) selbst dies lehren, wenn diese zur Begründung einer Gewohnheit erfordern, daß etwas *frequenter* d. i. häufig geschehen sey, welches sich aber von dem, was zweymahl geschehen, noch nicht sagen ließe.

Diejenigen, welche in Ermangelung besonderer Landesherrlicher Verordnungen die Sache dem Ermessen des Richters überlassen wissen wollen, hegen ohnstreitig die richtigste Meinung [78]). Es kommt also alles darauf an, ob so viele Handlungen würklich vorgekommen sind, daß aus denselben nicht nur überhaupt eine gewisse und beständige Regel hergeleitet, sondern auch mit Gewißheit auf die Einwilligung und Zufriedenheit des Landesherrn geschlossen werden kann. Dieser Beweis aber liegt jederzeit demjenigen ob, der sich in einer streitigen Gewohnheit gründet. Kann dieser Beweis geführt werden, so kommt es auf die Vielheit der Acte gar nicht an. Die Ge-

76) Ausser den angeführten NOODT, VOET u. s. w. glauben dieses GUNDLING in Gundlingianis St. VII. Obs. 3. §. 17. KEMMERICH de probatione consuetudinis. Sect. II. §. 4. lit. c. VINNIUS Comment. ad §. 9. I. de I. N. G. et C. Struben rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 130. S. 309. WALCH Introd. in controv. inr. civ. Proleg. Cap. II. §. 11.

77) *L.* 1. *C. quae sit long. consuet. L.* 3. *C. de aedifie. priv.*

78) So urtheilen CUJACIUS Lib. XX. Obs. 1. ZASIUS ad. L. 32. D. de LL. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 17. (*Commentat. academicar. Halae editar.* Vol. IV. pag. 33.) *von dem* BUSCH de consuetudine §. VII. u. XXXVII. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 58. S. 59. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. XI. not. a. Danz im angef. Handbuch 1. B. §. 56. S. 197. u. a.

wohnheiten sind überhaupt nicht alle von einerley Art. Die eine Gewohnheit erfordert weniger, die andere mehrere Handlungen. Manche Handlungen sind ihrer Natur nach so beschaffen, daß sie nur selten vorkommen können. Solche Handlungen erregen ihrer Neuheit wegen Aufmerksamkeit, und wenige derselben können daher oft eben dieselbe Wirkung haben, welche in andern Fällen nur aus der öftern Wiederholung gleichförmiger Handlungen entstehen kann [79]).

II) Müssen die Handlungen der Unterthanen gleichförmig, das heißt, alle nach einerley Regel unternommen worden seyn. Aus ungleichen Handlungen kann keine Gewohnheit erwachsen. Denn aus solchen läßt sich keine gewisse und beständige Regel herleiten. Man setze also, der Richter eines Orts habe in einem Falle, da ein Delinquent selbst nichts im Vermögen gehabt, die peinlichen Kosten von den Unterthanen beytreiben lassen; sie hätten solche auch das erste und zweytemal getragen, das drittemahl aber ganz verweigert; das viertemahl nur das Henkergeld beygebracht, so kann derselbe, wenn er in einem fünften Falle die Inquisitionskosten abermahl verlangt, die Gerichtsunterthanen aber dieselben verweigern, sich auf keine Gewohnheit berufen. Denn dazu wird erfordert, daß in der ganzen Reihe von Handlungen, wodurch eine Gewohnheit begründet werden soll, auch nicht eine einzige vorkomme, welche den übrigen entgegen ist [80]). Dieses ist es, wenn die Rechtslehrer sagen, die actus

79) Man sehe noch Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. Band. (Leipzig 1795. 8.) 8. Westecht. und GUILLEAUME cit. Diss. Cap. IV. §. 16. nr. I.

80) *L. 34. D. de Reg. iur.*

actus consuetudinis introductivi müssen *uniformes* et *continui* seyn. Hieraus erhellet zugleich, daß eine Gewohnheit, die noch in ihrer Entstehung ist, durch eine einzige conträre Handlung gleichsam in ihrer Geburt erstickt werden kann [81]).

III) Dürfen die Handlungen nicht der gesunden Vernunft, noch dem gemeinen Wohl zuwider, sondern sie müssen so beschaffen seyn, daß die Regel, nach welcher sie unternommen worden sind, auch als ein ausdrückliches Gesetz hätte promulgiret werden können [82]). Ist dieses nicht, so ist die Gewohnheit unvernünftig. Eine solche aber kann nie eine gesetzliche Kraft erlangen, weil sich hier keine Einwilligung des Gesetzgebers annehmen läßt [83]). So z. B. kann keine Gewohnheit Verbrechen zu erlaubten Handlungen machen, wenn sie auch noch so lange ungestraft geblieben wären [84]). Denn auch hundert Jahr Unrecht ist keine Stunde Recht [85]). Solche unvernünftige Gewohnheiten verwerfen

81) S. *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaei* decisiones Vol. IV. Obs. 65. CRAMER Observat. iuris univ. T. III. Obs. 847 § 13. et 14.

82) S. NETTELBLADT System. element. iurisprud. positivae Germ. commun. §. 169. und MÜLLER ad *Leyserum* T. I. Obs. 32.

83) *Nov.* IUSTINIANI *CXXXIV. cap.* 1. wo es nach der Hombergischen Version heißt: *Neque consuetudines nominent, aut quaerant, quas forte aliqui antecessorum ad lucrum suum iniuste excogitarunt. Quae enim male excogitata sunt, ea* NEC LONGA CONSUETUDINE *confirmari volumus.* Hierher gehört auch *L. 2. C. quae sit longa consuet.* u. *Can. 4. Dist. XI.*

84) PUFENDORF Tom. I. Obs. 189. pag. 483.

85) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern. 1. Abth. Nr. VIII.

werfen die Gesetze ausdrücklich, und der 218te Artikel der P. Gerichtsordnung Carls V. enthält ein ganzes Register von denselben. Man trift aber ausser diesen noch hier und da dergleichen alte unvernünftige Gewohnheiten, besonders unter den Handwerkern, Bauern, und andern geringern Ständen an, auf welche der Richter bey seinen Erkenntnissen keine Rücksicht nehmen darf [86]). Auch die canonischen Rechte [87]) eyfern namentlich gegen unvernünftige Gewohnheiten, die besonders dem Wohl der Kirche entgegenstreiten, so nachdrücklich, daß man sich billig wundern muß, wie es dennoch habe Rechtsgelehrten [88]) geben können, die auch unvernünftige Gewohnheiten in Schuz genommen. Doch ihre Gründe sind schon von andern genug geprüfet, und in ihrer Blöse dargestellet worden [89]). Ich bemerke hier nur noch, 1) daß man sich zwar bey Beurtheilung der Vernunftmäßigkeit einer Gewohnheit billig nach dem Geiste der Zeiten, wie auch nach den an jedem Orte herrschenden Meinungen und Sitten richten müsse [90]); man darf aber doch auch nie dabey vergessen, daß offenbare Volksalbernheiten, auch unter dem Schilde des grauen Alterthums,

86) S. WIESAND Opusc. Spec. I. Obs. I. CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 7.

87) S. *cap.* 1. 3. 4. 5. 7. 9. 10. *X. de consuet.*

88) THOMASIUS in Diss. de iure consuet. et observant. §. 36. und GERCKENBERG in Diss. de iure observantiae ac consuetudinis §. 7.

89) S. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 5. et 6. pag. 207.

90) Runde in den Grundsätzen des allgem. teutschen Privatrechts §. 58.

thums, das Ansehen einer legalen Gewohnheit unmöglich behaupten können [91]). 2) Wenn gleich unvernünftige Gewohnheiten an sich keine gesetzliche Kraft noch Verbindlichkeit haben, vielmehr jeder Obrigkeit obliegt, für deren Abstellung besorgt zu seyn; so ist ihnen dennoch nicht alle rechtliche Wirkung abzusprechen, indem sie z. B. auf die Strafbarkeit einer Handlung wichtigen Einfluß haben können [92]).

IV) Die Handlungen müssen ferner in der Meinung moralischer Nothwendigkeit (ex opinione obligationis) unternommen worden seyn [93]); das heißt,

91) Danz in dem angef. Handbuche 1. Band. §. 58. nr. VII. S. 212.

92) CRELL Diss. de orig. et virt. iuris non scripti. Obs. III. pag. 14 — TEMPERATUR *poenae facti illiciti, quod quis non dolo, sed imitatione aliorum, et* CONSUETUDINE *adductus, admisisse videtur. Imo vero aliquando qui* CONSUETUDINEM PECCANDI *a pluribus* RECEPTA, *malo increbrescente, licentiosius deliquerit, cum non ignorantia, sed maiori audacia peccasse videatur,* SEVERIUS PUNITUR; *ut reliqui exemplo supplicii deterreantur. Nam generaliter,* POENA ARBITRARIA *tunc demum, propter* CONSUETUDINIS EXCUSATIONEM, *mitigatur, si appareat, non tam* DOLO, *quam* IGNORANTIA *peccatum esse.* Hiermit stimmen auch die Gesetze überein. *L.* 16. §. 10. *D. de poenis. L.* 1. *D. de abigeis. Nov.* 154. Man sehe PÜTTMANN de delictis, quae consuetudine excusantur: in selectis ex iure vario capitibus. *Lips.* 1790. Cap. 2. und Kleinschrods Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 175. und 2. Th. §. 20.

93) HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 8. REINHARTH Select. Observat. ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 65. n. IV. pag. 96. HETTELBLADT System. element. iurispr. posit. Ger-

heißt, es müssen diejenigen, durch deren gleichförmige Handlungsart eine rechtliche Gewohnheit bewirkt werden soll, darum so, wie bisher geschehen, gehandelt haben, weil sie sich verbunden hielten, ihren Handlungen gerade diese und keine andere Richtung zu geben. Denn hier ist von Einführung einer solchen Gewohnheit die Rede, durch welche eine verbindliche Richtschnur für die Unterthanen aufgestellet wird. Da nun diese Regel aus den Handlungen derselben gefolgert werden muß, so müssen nothwendig auch diese an sich verbindlich seyn [94]). Hieraus folgt, daß Handlungen, die das Gepräge der bloßen Willkührlichkeit an sich tragen, oder nur aus Freundschaft, oder Mitleid und Menschengefühl, wenn gleich von mehrern, und zu wiederholtenmahlen geschehen, keine verbindliche Gewohnheit begründen können. Man setze also, es sey an einem Orte einigemahl geschehen, daß der Gutsbesitzer das in seinem Eigenthum gefundene und von den Eltern ausgesetzte Kind aus Mitleid aufgenommen, solches ernährt und erzogen hätte, so läßt sich hieraus eben so wenig eine verbindliche Regel, daß jeder Eigenthümer die auf seinen Grundstücken ausgesetzte Findelkinder zu verpflegen schuldig sey, herleiten, als in einem andern Falle, wenn nämlich an einem Orte, wo das Nachbarrecht gesetzlich eingeführt ist, zuweilen der Käufer das erkaufte Grundstück dem Nachbar des Verkäufers aus Freundschaft für dasselbe Geld, was es ihm gekostet, wieder

Germanor. §. 169. Beyspiele hiervon haben BOEHMER Consultat. et Decis. T. I. Part. II. Resp. 45. n. 417. seqq. und T. II. Resp. 869. n. 12. seqq. auch *de* LUDOLF Observat. forens. P. II. Obs. 169. pag. 382.

94) Eben dieß wird auch sowohl in der *L.* 34. *D. h. t.* als der *L.* 3. *C. de aedif. privat.* nicht undeutlich zu erkennen gegeben.

wieder überlassen hätte, behauptet werden könnte, daß dem Nachbar der Retract vermöge eines Gewohnheitsrechts an diesem Orte zustehe. Ob jedoch Handlungen blos aus gutem Willen, oder in der Meinung einer Verbindlichkeit geschehen, ist theils aus der Beschaffenheit der Handlungen selbst, theils aus dem Grunde, warum eine Gewohnheit eingeführt worden [95]), theils aus der Länge der Zeit, theils aus dem nie erfolgten, oder nie geachteten Widerspruche, theils aus den darauf gegründeten rechtskräftigen Erkenntnissen zu beurtheilen, auf welches letztere uns **Ulpian** oben angeführtermassen ganz vorzüglich verweiset. Noch eins muß ich hierbey anmerken. Wenn ich moralisch nothwendige Handlungen zur Einführung einer verbindlichen Gewohnheit erfordere, so folgt, daß alle unfreywillige, durch unerlaubten Zwang veranlaßte, oder auf offenbaren Irrthum sich gründende Handlungen hier auszuschliessen sind [96]).

V) Zur Bestättigung eines Gewohnheitsrechts muß nun ferner noch die Länge der Zeit (diuturnitas temporis) hinzukommen. Die Ausdrücke *consuetudo inveterata* [97]), *diuturna* [98]) *per annos plurimos observata* [99]) *longaevus usus* [100]), *consuetudo antiquitus probata et*

95) *L.* 1. *Cod. quae sit longa consuetudo* schärft daher dem Richter ein, auf rationem, quae consuetudinem suaſit, zu sehen.

96) *Actus per vim metumque gesti nihil operantur*, sagt *I. H.* BOEHMER in Introd. in ius Digestor. h. t. §. 20. nr. 4. Von einer erronea consuetudine aber handelt *L.* 39. *D. h. t.*

97) *L.* 32. §. 1. *D. h. t.*

98) *L.* 33. *D. eodem.*

99) *L.* 35. *D. eodem.*

100) *L.* 2. *C. quae sit longa consuetudo.*

et tenaciter servata [1]), welche wir in den römischen Gesetzen antreffen, geben solches deutlich zu erkennen. Die Zeit selbst aber, wie lange die Regel müsse beobachtet worden seyn, die zum lex non scripta werden soll, haben uns die römischen Gesetze nirgends genau bestimmt. Man pflegt daher gemeiniglich zum canonischen Rechte seine Zuflucht zu nehmen, in der Meinung, daselbst deutlichere Bestimmungen anzutreffen. Die Päbste reden nämlich in einigen Stellen ihres Gesetzbuchs von einer *consuetudine legitime praescripta.* [2]). Hieraus zieht man die Folge, daß nach canonischen Rechten eben so viel Zeit zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erfordert werde, als zur Verjährung nöthig ist. Dies ist auch die Meinung unsers Herrn Autors. Allein denkt man der Sache etwas genauer nach, so wird man bald einsehen, daß die Analogie von der Verjährungszeit hier ganz unanwendbar sey. Was hat doch die Verjährung, die eines Theils als Strafe der Nachlässigkeit eingeführt worden, und andern Theils nur auf Sachen und Rechte einzelner Privatpersonen sich beziehet, mit einer gesetzlichen Gewohnheit gemein, die als eine verbindliche Regel für viele aufgestellet wird? Doch vielleicht wird man sagen, es komme hier nicht auf den Begriff, sondern nur auf die Zeit der Verjährung an. Gut; ist denn aber damit der Schwierigkeit abgeholfen? Wer weiß nicht, wie sehr verschieden die gesetzlich bestimmte Zeit der Prä-

scri-

1) *L. 32 C. eodem.*

2) Man beruft sich zwar vorzüglich auf *cap.* 11. *X. de consuetudine*; allein es giebt mehrere Texte des canonischen Rechts, in welchen einer *consuetudinis praescriptae* Meldung geschiehet, als *cap.* 50. *X. de elect. c.* 9. *de ffioc. ordinar. in* 6to. *c.* 3. *de consuet. in* 6.

scription sey? Gesetzt nun also, die Päbste hätten in den deshalb angeführten Stellen zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit den Ablauf einer gesetzlichen Verjährungsfrist im Ernst gemeint, soll dieses von einer zehen- oder zwanzig- oder dreyßig- oder vierzigjährigen oder einer noch längern Zeit zu verstehen seyn? Kein Wunder, wenn wir daher auch hierin eine so grosse Verschiedenheit der Meinungen gewahr werden [3])? Ich meines Theils bin vollkommen überzeugt, daß im canonischen Rechte so wenig als im römischen eine gewisse Zeit zur Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit bestimmt sey, und die Fabel von der Präscription der Gewohnheitsrechte ist schon von andern [4]) aus so bündigen Gründen verworfen worden, daß sie unter den neuern

3) Einige erfordern zur Begründung eines Gewohnheitsrechts eine Zeit von 10 oder 20 Jahren, weil diese den Raum einer langen Zeit beschränken; dies behaupten DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. c. 10. BERGER Oeconom. iuris Lib. I. Tit. I. §. 19. n. 3. SCHILTER Ex. 2. §. 19. von dem BUSCH in der oben angef. Diss. cap. III. §. 38. Andere eine Zeit von 30 oder 40 Jahren, wie GIBERT Corp. iur. canon. pag. 87. u. Hr. geh. Justizrath BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 5. §. 232. Noch andere, und zwar ältere Rechtsgelehrte, erfordern eine Zeit von 100 Jahren; diesen Zeitraum sollen die Ausdrücke *longaevus usus*, *inveterata consuetudo* in sich fassen. Alle diese Meinungen findet man jedoch in der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. Band. Medit. 181. S. 309. u. folgg. hinlänglich widerlegt.

4) S. *Io. Henr.* HOCHSTETTER Diss. de praescriptione consuetudinis ad cap. ult. X. de consuetud. Stuttgard. 1776. und Meuers juristische Abhandlungen und Beobachtungen. 2. Samml. Leipzig 1780. S. 157.

neuern Rechtsgelehrten wohl nicht leicht noch einen Vertheidiger finden möchte. Es ist ganz unläugbar, daß man jene Stellen des canonischen Rechts falsch verstanden habe, in denen von einer consuetudine praescripta die Rede ist. Man darf in der That nur mit einiger Aufmerksamkeit diese Stellen durchlesen, und sie mit einander vergleichen, so wird man deutlich sehen, daß daselbst gar nicht von einer solchen Gewohnheit, die durch den Willen des Landesherrn zu einem Gesetz wird, sondern von der Ausübung und dem Gebrauch eines Rechts oder einer Befugniß, die durch gesetzmäßige Verjährung erworben werden kann, gehandelt werde, und eine verjährte Gewohnheit daher in dieser Rücksicht nichts anders als das seit langer Zeit ausgeübte und durch die Gewohnheit befestigte Recht selbst sey [5]). Aus diesem Gesichtspunct wird sich nun insonderheit auch das *Cap. ult. X. de consuet.* am leichtesten erklären lassen. Wir wollen die Worte desselben selbst hersetzen. Cum tanto graviora sint peccata, quanto diutius infelicem animam detinent alligatam, nemo sanae mentis (non) intelligit, naturali iuri, cuius transgressio periculum salutis inducit, quacunque consuetudine, quae dicenda est verius in hac parte corruptela, posse aliquatenus derogari. Gregor IX. redet in diesen Eingangsworten davon, daß auch eine lange Gewohnheit uns zu Handlungen nicht berechtige, die nach natürlichen

5) So verstehen diese Stellen auch die neuern katholischen Canonisten. S. SCHRODT Institut. iur. canon. §. 238. EYBEL in Introduct. in ius eccles. Catholicor. T. IV. §. 270. nr. 1. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. ecclesiast. P. II. §. 106. *Phil.* HEDDERICH Element. iuris canon. P. II. §. 21. not. d. u. a. m.

türlichen und göttlichen Gesetzen verboten sind, weil man bey deren Uebertretung Seel und Seligkeit verlieren könne. Die öftere Wiederhohlung solcher Missethaten mache uns nur desto straffälliger, je grössere Neigung zu sündigen, und je grössere Bosheit des Gemüths hierdurch an den Tag gelegt werde. Daß der Pabst hauptsächlich gegen diejenigen eifere, welche unter dem Vorwande einer Gewohnheit, d. i. eines durch Gewohnheit erworbenen Rechts ihre unerlaubte Handlungen rechtfertigen wollen, ergiebt sich aus andern Stellen noch deutlicher. So z. B. werden in dem Concilio Turonensi verschiedene Arten der Simonie verboten, mit dem Beysatz: *nec sub obtentu cuiusquam consuetudinis reatum suum quis tueatur, quia diuturnitas temporis non diminuit peccata, sed auget* [6]). Eben so heißt es in einem andern Concilio Lateranensi: *horribile nimis est, quod in quibusdam ecclesiis locum venalitas perhibetur habere — — putant autem plerique, ex hoc sibi licere, quia legem mortis de longa consuetudine invaluisse arbitrantur, nec attendentes, quod tanto graviora sunt crimina, quanto diutius infelicem animam tenuerunt alligatam* [7]). Die Kirchen, von denen hier die Rede ist, suchten die Schändlichkeit ihrer Handlung mit einer langen Gewohnheit zu beschönigen, wodurch sie ein Recht erlangt zu haben vermeinten. Es ist sehr wahrscheinlich, daß Pabst Gregor IX. solche und andere ähnliche Fälle im Sinne gehabt habe. Er fährt nun folgendermassen fort: Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas; non tamen est usque adeo valitura, ut vel iuri debeat praeiudi-

6) *Cap.* 8. *X. de Simonia.*

7) *Cap.* 9. *X. eodem.*

judicium generare, nisi fuerit rationabilis, et legitime sit praescripta. Von was für einer Gewohnheit kann hier wohl die Frage seyn? Offenbar von einer solchen, die verjährt werden kann, und durch welche die positiven Gesetze eine Einschränkung auf irgend eine Art leiden. Diese ist aber keine Regel, die die Vorschrift der positiven Gesetze aufhebt, sondern sie besteht in einem Recht, welches einem Dritten nach einer gesetzlichen Anordnung zustehet, aber vermittelst der Verjährung auf uns übergehen kann. Von einer solchen Gewohnheit redet Innocenz III. in dem oben angeführten *cap.* 8. *X. de Consuet.* und auch Gregors Entscheidung in unsern *cap. ult.* bezieht sich auf eine solche Gewohnheit, wodurch das Recht eines Andern, welches ihm nach dem gemeinen Recht zustehet, aufgehoben, oder eingeschränkt, oder überhaupt nur näher bestimmt wird. Durch eine solche Gewohnheit werden also die positiven Gesetze nicht aufgehoben, sondern ihre Wirksamkeit wird dadurch nur in einem individuellen Falle gehemmt. Hr. Prof. Hochstetter, den ich hier vorzüglich gefolgt bin, zeigt uns jedoch noch einen andern Weg zur Erklärung dieses Capitels [8]). Nämlich da Gregor in dem ersten Theile desselben von dem gebietenden und verbietenden natürlichen Rechte (jure naturali praeceptivo ac prohibitivo) redet, so läßt sich mit guten Grunde vermuthen, daß er in dem zweyten Theile das gebietende und verbietende positive Recht zum Gegenstand genommen habe. Nach diesem Gesichtspunct liesse sich also von dem Text folgende Erklärung machen: Wenn gleich in den meisten Fällen eine Gewohnheit jemandem ein Recht beylegt, womit

8) Man sehe die angeführte Diss. §. XXIV.

mit er sich aus dem Grunde, daß er solches schon seit langer Zeit ausgeübt habe, gegen die Angriffe anderer schützen kann; so kann man doch einer Gewohnheit keine solche Kraft zuschreiben, daß sich ein Unterthan mittelst derselben allein von der allgemeinen Verbindlichkeit der positiven Gesetze loßmachen, oder sich ein Recht anmassen dürfte, welches ihm die positiven Gesetze absprechen, ausser wenn dieses Recht ihm aus einer besondern Ursach, der gesetzlichen Sanction ohngeachtet, in dem Falle zugestanden wird, da es auf eine rechtmäßige Verjährung gebaut ist. Diese Gewohnheit hebt aber das positive Gesetz nicht auf, sondern wirkt nur eine Ausnahme von der allgemeinen Regel bey gewissen Personen [9]).

Da also, wie hieraus erhellet, die Länge der Zeit, welche zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erforderlich ist, weder durch die römischen noch canonischen Rechte bestimmt worden ist, so verdient wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten den meisten Beyfall, welche diese Bestimmung lediglich dem Gutbefinden des Richters überlassen [10]), der alsdann, so oft darüber ein Streit entsteht, ob

9) *Cap.* 13. *X. de offic. iud. ord. C.* 26. *X. de V. S. cap.* 13. *de Elect. in 6to.* und *C.* 1. *de offic. ord. in 6to.*

10) Siehe *G.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 15. *Ant.* SCHULTING Enarrat. Part. I. Digestor. h. t. §. 17. LAUTERBACH Coll. Theor. Pr. Pandectar. h. t. §. 35. STRYCK Us. Mod. Pand. h. t. §. 12. COCCEII Iur. Civ. Controv. h. t. *Quaest. XI.* GUNDLING in Gundlingian. P. VII. N. 3. §. 23. MÜLLER

ad

ob eine Gewohnheit für eingeführt gehalten werden könne? theils aus der Vernunft und dem Sprachgebrauch beurtheilen muß, ob nämlich der Zeitraum, binnen welchen die Handlungen vorgefallen sind, eine lange Zeit, (tempus diuturnum) genennt werden könne; theils auch darauf zu sehen hat, ob überhaupt schon eine solche Zeit verflossen ist, daß daraus mit Gewißheit auf die Einwilligung des Gesetzgebers geschlossen werden kann; wofern nicht etwa durch besondere Landesgesetze oder den Landesgebrauch, wie z. B. in Sachsen [11]), eine gewissere Norm hierin festgesetzt worden seyn sollte. Daß jedoch eine Zeit von undenklichen Jahren her zur Einführung eines Gewohnheitsrechts erfordert werde, wie einige Rechtsgelehrten [12]) behaupten wollen, ist unerweißlich [13]). Endlich

VI) müs-

ad Struvium Ex. 2. th. 20. lit. ξ. CRAMER Observat. Iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 16. REINHARTH ad Christinaeum Vol. IV. Obs. 65. pag. 96. Eisenhart Erzählung besond. Rechtshändel 2. Th. N. 7. S. 193. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 3. Band S. 311. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. contr. c. l. not. d. Danz Handbuch 1. B. §. 56. S. 198. u. a. m.

11) In Sachsen erfordert der Gerichtsbrauch eine Zeit von 31. Jahren 6 Wochen und 3 Tagen. S. Eichmanns Erklärung des bürgerl. Rechts 1. Th. S. 390.

12) Unter den neuern hat dieses vorzüglich zu behaupten gesucht Meurer in den juristischen Abhandlungen und Beobachtungen. 1. Samml. S. 113.

13) S. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 10. Hr. geh. JustizR. Walch hat sich zwar auf keine Prüfung der gegenseitigen Argumente eingelassen, sondern sein Hauptargument bloß darin gesetzt, daß die Civilgesetze zur Bestäti-

VI) müssen die Handlungen, aus welchen eine legale Gewohnheit entstehen soll, öffentlich, das heißt, auf eine solche Art geschehen seyn, daß sowohl die Unterthanen selbst, unter denen eine verbindliche Norm entstehen soll, als auch der Gesetzgeber dieselben haben wissen können. Ob nun aber noch überdem erfordert werde, daß die Gewohn-

 heit

stätigung eines Gewohnheitsrechts nirgends eine undenkliche Zeit erfordert hätten. Es sind aber auch in der That die Gründe des angeführten Meurers von keinem sonderlichen Gewicht. Die in den Gesetzen dieses Titels der Pandecten gebrauchte Ausdrücke *consuetudo inveterata, diuturna, antiquitus probata*, beweisen seine Meinung noch nicht. Es können Gewohnheiten allerdings von der Art seyn, daß sich ihr Ursprung im hohen Alterthum verliehrt, daraus folgt aber nicht, daß überall eine Beobachtung von undenklicher Zeit her erfordert werde, wenn eine Gewohnheit für eingeführt gehalten werden soll. Der Ausdruck *vetustas* bedeutet freylich unterweilen in unsern Gesetzen eine undenkliche Zeit *L.* 2. *D. de aqua et aquae pluv.* aber auch oft nur eine Zeit von mehreren Jahren *L.* 10. *D. si serv. vindic.* wie schon BRISSONIUS *de V. S.* voc. vetustas und WESTPHAL de libertate et servitut. praediorum §. 820. pag. 560. angemerkt haben; und daß letztere Bedeutung in der Lehre vom Gewohnheitsrecht anzuwenden, erhellet aus *L.* 35. *D. de LL.* nur gar zu deutlich, wo LONGA CONSUETUDO eine solche genennt wird, *quae per annos plurimos observata est.* Ueberhaupt finden hier die von Meurer aus dem *Tit. de aqua et aqua pluv. arc.* angeführten Stellen gar keine Anwendung. Es ist auch ungegründet, daß nur durch das Alterthum allein die zur Begründung eines Gewohnheitsrechts erforderliche *opinio necessitatis* erzeugt werde, denn daß diese auch noch mehrere andere Entstehungsgründe haben könne, ist schon oben bemerkt worden.

heit in den Gerichten bestättiget, und nach derselben rechtskräftig gesprochen worden sey, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Diejenigen, welche solches behaupten [14]), gründen sich zwar auf den bekannten Ausspruch Ulpians [15]), dessen Worte also lauten: Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur: primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam *contradicto aliquando iudicio* [16]) consuetudo firmata sit. Allein einmal

14) D. Meurer a. a. O. S. 105. u. 140. Eben dieser Meinung war auch sonst Hr. Hofr. HOFACKER in der oben angef. Diss. de iure consuetudinis Cap. III. §. 39—41. allein er hat seine Meinung geändert in Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 124. Andere erfordern jedoch nur in dem Fall gerichtliche Handlungen, wenn die Gewohnheit einem geschriebenen Gesetz gerade zuwider ist. SCHILTER Ex. ad Pand. 2. th. 21. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. I. n. 19. u. *L. B. a* WERNHER sel. Observat. for. T. II. P. IX. obs. 193. pag. 564.

15) *L.* 34. *D. de LL.*

16) Verschiedene Ausleger des römischen Rechts wollen diese gemeine Lesart für unrichtig halten, ohngeachtet sie die Auctorität der Florentinischen Pandecten für sich hat, weil ihrer Meinung nach die Worte *contradicto iudicio* keinen rechten Verstand hätten. Sie wollen daher statt *contradicto* lieber *contradicta* lesen, und glauben ihre Emendation durch die Auctorität der Griechen beym LEUNCLAVIUS Lib. II. Notatorum c. 3. unterstützen zu können. Man sehe *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 15. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Dig. h. t. §. 19. GUNDLING in Gundlingian. VII. St. N. 3. §. 19. und ECKHARDT in Hermenevt iur. Lib. I. c. VII. §. 303. pag. 547. Allein daß diese Aenderung ganz unnöthig, ja höchst unschicklich sey, haben *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Dissert. 2. §. 3. und besonders Hr. Prof. PÜTTMANN in

mal enthalten diese Worte offenbar keine gesetzliche Dispo-
sition, sondern einen bloßen Rath, wie ich schon an einem

 andern

in Interpretat. et Observat. iuris Cap. 19. hinlänglich gezeigt. Die Erklärung aber, die man von diesen Worten macht, ist wieder sehr verschieden. *Casp. Conr.* STAUDINGER in Diss. de consuetudine contradicto iudicio firmata ad L. 34. D. de LL. *Goettingae* 1753. §. V. erklärt die Stelle folgendergestalt: *Contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata, denotat consuetudinem, quae firmata est per contradictionem a Praetore factam ei, qui contra istam consuetudinem actionem in iudicium deducere intendebat.* Das contradictum zieht er also auf den Prätor von welchem gesagt werde: *contradicit iudicium*, si actionem, ab actore in iure propositam, non admittit. *Iudicium* sey also so viel als actio, und *contradicto iudicio* heiße nichts anders, als si actio statim in limine, qua actio consuetudini adversa, a Praetore contradicta esset. Allein ich muß gestehen, daß ich den Ausdruck *contradicere iudicium* vom Prätor nirgends in unsern Gesetzen gelesen habe, die Redensart *denegare actionem*, wenn der Prätor eine Klage nicht gestattet, sie für unzulässig erklärt, ist bekannt genug L. 30. D. de solut. L. 26. §. 4. D. ex quib. c. maj. L. 4. §. 1. de re iud. L. 3. pr. si mensor. L. 14. pr. D. de noxal. act. u. a. m. Solchemnach möchte also das *contradictum* wohl mehr auf den Gegner sich beziehen, der der Gewohnheit widerspricht, worauf der Kläger seine Klage gegründet hatte. Dies beweisen auch die Anfangsworte *cum de consuetudine — confidere quis videtur.* Denn *confidere* ist soviel als niti aliqua re contra obnitentem. S. BRISSON *de V. S.* v. confidere. Besser erklärt Hr. Prof. Püttmann a. a. O. S. 87. die Worte *an etiam contradicto aliquando iudicio* u. s. w. per hypallagen, nämlich so: an etiam in iudicio aliquando contradicta, et firmata sit consuetudo; von welcher Figur *Iod. Ioh.* STRUCHTMEYER Animadv. Crit. Lib. II. c. 1, mehrere Beyspiele gesammlet hat. Der wahre Sinn der Worte ist also dieser: *explorandum est,*

an

andern Orte (S. 47.) bemerkt habe. Das Wort *arbitror* zeigt dieſes unläugbar an. Sodann aber iſt auch hier gar nicht von der Einführung eines Gewohnheitsrechts, ſondern von dem Beweiſe einer ſtreitigen Gewohnheit die Rede. In einem ſolchen Falle iſt freylich der Rath des römiſchen Juriſten vortreflich, daß man vor allen Dingen nachforſche, ob nicht ſchon in vorgekommenen ſtreitigen Fällen nach dieſer Gewohnheit, von welcher die Frage iſt, gegentheiligen Widerſpruchs ohngeachtet, rechtskräftig ſey geſprochen worden; weil dadurch der ſonſt ſchwere Beweis ungemein erleichtert wird, wenn man ſich auf ſolche gerichtliche Präjudicien berufen kann. Ferner, wenn zur Einführung eines Gewohnheitsrecht nur gerichtliche Handlungen erfordert würden, wie könnte Calliſtratus [17]) zwiſchen *conſuetudo*, und

an etiam conſuetudo, ab adverſa parte licet contradicta, a Praetore tamen aliquando iudicio firmata ſit, i. e. *an Praetor pro ea aliquando pronunciaverit.* STAUDINGER a. a. O. §. VI. und HOFFMANN a. a O. wollen überdies die L. 34. nicht allgemein, wenn überhaupt vom Beweis einer Gewohnheit die Rede iſt, ſondern nur von ſolchen Gewohnheiten erklären, *quae circa praerogativas honorum, et vacationes a muneribus in unaquaque provincia vel civitate obtinebant;* weil Ulpian im *Libro IV. de officio Proconſulis* von den bürgerlichen Pflicht- und Ehrenämtern gehandelt habe, wie aus der Vergleichung der aus dem gedachten *Lib. IV.* genommenen Fragmente L. 6. de legat. L. 6. de muner. et honor. L. 4. de Veteran. und L. 2. de iure immunit. zu erſehen ſey. Nur auf die hierauf ſich beziehende Gewohnheiten ſey alſo die L. 34. einzuſchränken, weil dieſe Stelle auch aus eben dem *L. IV. de officio Proconſ.* entlehnet ſey. Allein dieſen Mißbrauch der Critik hat ſchon Püttmann a. a. O. S. 88. nach Würden gerügt.

17) *L.* 38. *D. de LL.*

und *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas* unterscheiden? Es muß sich also, deucht mir, doch wohl auch eine Gewohnheit ohne gleichförmige rechtskräftige Urtheilssprüche gedenken lassen. Und hiervon wird man sich noch mehr überzeugen, wenn man bedenkt, daß der Grund, auf welchem die Gültigkeit einer Gewohnheit beruhet, nicht der Ausspruch des Richters, sondern der Wille des Gesetzgebers sey, welcher aussergerichtliche Handlungen so gut, als gerichtliche genehmigen kann. Aus diesen Gründen trete ich also der Meinung unsers Autors ohne weiteres Bedenken bey, wenn er diesen Paragraph mit den Worten schließt: ut vero actus in contradicto iudicio sint obtenti, non necessario requiritur. Eben dies ist auch die Meinung der meisten Rechtsgelehrten [18]).

§. 87.

18) S. VOET in Comment. ad Dig. h. t. § 30. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. XI. in fin. et ad *Eundem* EMMINGHAUS not. c. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. III. obs. 847. §. 10. HARTLEBEN Spec. XL meditat. 9. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 1. Th. S. 379. und folgg. Gebrüder Overbeck in den Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. III. Band 183ste Meditat. MÜLLER in Obs. pract. ad *Leyserum* T. I. Obs. 39. GUILLEAUME cit. Diss. §. 16. nr. V. et VI. Danz Handbuch 1. B. S. 199. u. a. m. Vorzüglich aber verdient hier KEMMERICH in Diss. de probatione consuetudine et observantiae *Sect. II. §. XII. Not. e.* pag. 75. nachgesehen zu werden, wo er die Meinung derjenigen gründlich widerlegt hat, welche wenigstens zur Begründung einer consuetudinis correctivae, actus in contradictorio iudicio obtentos für nöthig halten wollen.

§. 87.

Von dem rechtlichen Beweis eines in Zweifel gezogenen Gewohnheitsrechts.

Wer nun eine Gewohnheit für sich anführt, kann sich, wenn solche von dem Gegentheil geläugnet worden, der ihm deshalb auferlegten rechtlichen Begründung derselben um so weniger entziehen, je gewisser es ist, daß Gewohnheitsrechte auf Thatsachen beruhen, die rechtlich nicht vermuthet werden [19]). Ein anderes wäre freylich, wenn die angeführte Gewohnheit ganz notorisch, das ist, an dem Orte, wo davon die Frage ist, allgemein bekannt, oder wenigstens vom Gegentheil selbst eingestanden seyn sollte [20]), in welchen Fällen Gewohnheiten keines weitern Beweißes bedürfen [21]), wenn auch gleich in dem erstern Falle der Gegner vorgeschützet hätte, daß ihm solche unbekannt sey [22]). Soviel nun den Beweiß eines streitigen Ge-

19) *Cap.* 1. *de constitut. in 6to.*

20) S. *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protest. T. I. L. I. Tit. IV. §. 45. pag. 242. — Daß auch ein aussergerichtliches, aber wiederholtes, Geständniß einer rechtlichen Gewohnheit die Kraft eines völligen Beweises habe, behaupten *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decision. P. I. Decis. XI. n. 8. pag. 202. seq.

21) *cap.* 3. *X. de testib. cog.* MYNSINGER lib. V. Obs. 96. n. 6. REINHARTH ad Christinaeum. Vol. IV. Obs. 66. p. [illegible]. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 26.

22) Denn historische Unwissenheit desjenigen, was in einem Orte alle wissen, wird in der *L.* 9. § 2. *D. de iur. et facti ignor* für unverzeihliche Sorglosigkeit gehalten, und findet kein rechtliches Gehör. Das Bestreiten solcher ganz notorischer Gewohn-

Gewohnheitsrechtes selbst anbetrift, so ist zwar nicht zu läugnen, daß derselbe insgemein mit vielen Schwierigkeiten verknüpft zu seyn pflegt, so daß schon Leyser [23]) sagte, er wisse sich wenig Fälle zu erinnern, daß derjenige, der einen solchen Beweiß übernommen, denselben vollführet hätte; man darf ihn aber doch deshalb mit Caspar Klock [24]) nicht für unmöglich halten, weil es uns an Beyspielen eines solchen nach aller Strenge geführten Beweißes wirklich nicht mangelt [25]). Bey dem Beweiße einer bestrittenen rechtlichen Gewohnheit kommt es nun auf zweyerley an; I) auf das, was eigentlich erwiesen werden muß. II) auf die Beweißgründe [26]) Das erstere, oder das Beweißthema, muß aus der Natur einer rechtlichen Gewohnheit, und deren Erfordernissen bestimmt werden. Da nun die Natur einer jeden Gewohnheit in einer Gleichförmigkeit der Handlungen bestehet, so ist zum Beweiße nicht genug, wenn derselbe nur überhaupt darauf gerichtet wird, daß dergleichen

wohnheiten, die der verlierende Theil füglich hätte wissen können und müssen, zieht daher auch billig die Verurtheilung in die Proceßkosten nach sich. S. Weber über die Proceßkosten, deren Vergütung und Compensation §. 7. am Ende.

23) Meditat. ad Pand. Vol. I. Spec. IX. m. 1. p. 87.

24) Consil. Tom. I. Cons. 28. n. 223.

25) Ein lehrreiches Beyspiel findet man in Pütters Beyträgen zum T. Staats- und Fürstenrecht. Th. II. Nr. XXXIX. S. 228. u. folgg.

26) Von dem Beweise einer gültigen Gewohnheit handeln vorzüglich *Diet. Herm.* KEMMERICH in Diss. de probatione consuetudinis et observantiae, Ienae 1732. Sect. II. und *Bern. Aug.* GAERTNER Meditat. practicar. ad Pandect. Spec. I. med. XIII.

gleichen Gewohnheit, wovon die Frage ist, wirklich an einem Orte eingeführt sey [27]), sondern es wird hierzu vornehmlich erfordert, daß diejenigen Handlungen und Fälle selbst umständlich angegeben werden, wodurch die streitige Gewohnheit soll eingeführt worden seyn [28]). Es muß also bewiesen werden, daß man schon vorhin beständig und unabgeändert in solchen Fällen eben so zu Werke gegangen sey, als in dem jetzigen streitigen Falle nach der behaupteten Gewohnheit wieder geschehen soll. Wie viele Fälle nun zum vollständigen Beweise der streitigen Gewohnheit anzuführen sind, und ob schon zwey derselben für hinlänglich zu achten, muß billig dem Ermessen des Richters überlassen werden [29]). Rathsam aber ist es immer, wenn der

27). Zwar sind solche generelle Beweisartikel, die auf das Daseyn einer behaupteten Gewohnheit überhaupt gestellet sind, für unzulässig nicht zu achten, sie müssen nur durch nachstehende speciellere, in welchen einzelne gleichartige Fälle angeführt worden sind, unterstützt werden. Es verdient hierbey besonders *Matth.* COLERUS de processibus executivis P. I. Cap. III. n. 34. u. folgg. nachgesehen zu werden. Man vergleiche auch hierbey das Beyspiel eines solchen articulirten Beweises beym Pütter a. a. O.

28) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 123. Man sehe auch das Präjudiz beym WERNHER sel. Obs. forens. P. IV. Obs. CX. u. 4. u. folgg. S. 240.

29) S. Kemmerich a. a. O. §. IV. am Ende, auch Struben in rechtlichen Bedenken. 1. Th. Bed. 130. S. 309. Die meisten Rechtsgelehrten glauben indeß, daß zwey vorgefallene actus zum Beweise einer Gewohnheit zureichten. GAIL. Lib. II. Obs. 31. MYNSINGER Centur. VI. Obs. 41. n. 7. CARPZOV P. II. Const. 3. def. 22. n. 7. PEREZ Commentar. in Codic. tit. quae sit longa consuet. n. 5. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. I. §. 19.

der Beweißführer so viele Fälle beybringt, als es ihm nur immer möglich gewesen, ausfindig zu machen. Unstreitig werden auch zum Beweiß einer solchen Gewohnheit, die den geschriebenen Gesetzen entgegen ist, mehrere einzelne Handlungen erforderlich seyn, als wenn die Gewohnheit von der Art nicht ist, weil sich aus einer oder der andern Handlung, die der Landesherr gegen das Gesetz zugelassen, die Absicht desselben, daß das Gesetz in Zukunft nicht mehr gelten solle, noch nicht immer mit Gewißheit folgern lässet [30]). Es müssen nun auch ferner die Handlungen, aus denen die streitige Gewohnheit dargethan werden soll, mit allen dabey vorgefallenen Umständen angeführet werden, damit der Richter beurtheilen könne, ob dieselben sowohl unter sich conform sind, als auch ob insonderheit die gegenwärtige streitige Handlung von gleicher Art, oder doch unter jenen Handlungen als Species begriffen sey. Daß die angezogene Handlungen der Gewohnheit durch entgegengesetzte nicht unterbrochen worden sind, gehört nicht zum Beweißthema; sondern ist die Gleichförmigkeit mehrerer Handlungen erwiesen, so wird so lange vermuthet, daß dieselbe nie unterbrochen worden sey, bis das Gegentheil dargethan wird [31]). Ob aber nicht die streitige Gewohnheit *specifice* und

§. 19. Allein *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 4. §. 42. will dieses nur unter der Einschränkung zulassen: *si actus duo* ILLUSTRES *et* NOTABILES *probati fuerint, ita ut exinde fides iudici fieri possit, tale ius non scriptum extare.*

30) KEMMERICH a. a. O. §. XII. pag. 74.

31) SCHILTER Praxi iur. Rom. Ex. II. §. 21. *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 27. und KEMMERICH a. a. O. Sect. II. §. VI. pag. 65.

und *in individuo* erwiesen, das heißt, ob nicht insbesondere dargethan werden müsse, daß eben derselbe Fall, worüber gestritten wird, unter den nämlichen Umständen schon mehrmahlen vorgekommen, und dabey jederzeit die behauptete Gewohnheit zur Regel angenommen worden sey? ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung sind. Die meisten wollen sie bejahen [32]); und diesen stimmt auch unser Autor bey. Andere [33]) hingegen lassen eine Aehnlichkeit der Fälle zu, und diese letztere Meinung halte ich allerdings für gegründeter. Denn erstlich kann man ja bey der Erklärung und Anwendung geschriebener Gesetze a simili schliessen; warum sollte es nun bey ungeschriebenen Gesetzen anders seyn? Will der Gesetzgeber einmal, daß es bey gewissen Fällen hinführo beständig eben so gehalten werden solle, wie es von Alters her bis jetzt üblich gewesen ist; warum sollte es nicht auch seinem Willen gemäß seyn, bey andern ähnlichen Fällen dasselbe Gewohnheitsrecht Statt finden zu lassen? Sodann aber bestärken mich hierin auch selbst die Gesetze [34]). Es muß nur aber freylich

32) COTHMANN II. Resp. 84. n. 52. MEVIUS P. IV. Dec. 3. n. 7. *de* WERNHER sel. Observat. for. P. V. Obs. 135. *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. Protestant. T. I. Lib. I. Tit. IV §. 44. pag. 235. seqq. KEMMERICH cit. Diss. Sect. II. §. VIII. REINHARTH ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 66. pag. 96. u. m.

33) *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. II. pag. 81. VOETIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 36. KÖNIG in Diss. de iure consuetudinario §. 35. LEYSER Spec. IX. med. 8. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 12.

34) *L.* 32. *pr. D. de LL.* De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, *tunc quod proximum et*

lich eine wahre Aehnlichkeit der Fälle vorhanden seyn. Daß diese bey wirklicher Anwendung oft schwer zu bestimmen sey, gestehe ich gern; aber eben desto nöthiger ist es, ein Principium festzusetzen, woraus die Aehnlichkeit der Fälle zu beurtheilen. Eine solche Aehnlichkeit ist nun alsdann unstreitig vorhanden, wenn der gegenwärtige Fall, ohnerachtet er in specie noch nicht vorgekommen, dennoch nicht nur überhaupt unter ein gewisses genus controversiarum zu zählen ist, von welchem derselbe als eine Species anzusehen, sondern auch insonderheit bey dem jetzigen einzelnen Falle eben der Grund, welcher vom ganzen genere gilt, statt findet [35]). Ist dieses, so ist der gegebene Fall allerdings für gleichartig zu halten, und es ist genug, wenn die Gewohnheit nur von dem generis casuum erwiesen wird, unter welchem der streitige Fall als ein Species begriffen ist. Man setze zum Beyspiel, daß in einem gewissen Orte die Töchter aus der Verlassenschaft ihrer Mütter die Gerade für sich verlangten, und sich in einem Gewohnheitsrechte gründeten. Sie bewiesen

et consequens et est; d. i. man soll in den Fällen, da keine geschriebene Gesetze vorhanden sind, auf Gewohnheiten Rücksicht nehmen, und wenn es an beyden fehlt, die Analogie von ähnlichen Fällen zur Entscheidungsnorm annehmen. S. *Ant.* FABER in Rational. ad eandem L. Hiermit stimmt auch die *L. 1. C. quae sit longa cons.* überein, worin dem Richter zur Pflicht gemacht wird, auf RATIONEM, *quae consuetudinem fundat sit*, zu sehen, gewiß in keiner andern Absicht, als um daraus zu beurtheilen, ob wirklich eine Aehnlichkeit der Fälle vorhanden sey.

35) de CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 35.

wiesen hierauf, daß man sich an diesem Orte in Erbfällen von je her nach dem sächsischen Rechte gerichtet hätte; so haben sie auch in Ansehung der zum voraus verlangten Gerade das behauptete Gewohnheitsrecht erwiesen, weil auch diese sächsischen Rechtens ist. Ein anderer Fall. Ein Edelmann verlangt von einem Wittwer, der seiner ohne Leibeserben verstorbenen Ehefrau lehnbares Gut ererbet, vermöge eines Gewohnheitsrechts das Erb- oder Sterbhandlohn. Der Lehnmann glaubt hiezu nicht verbunden zu seyn. Ersterer soll also seine angemaßte Befugniß erweisen. Der Edelmann beweißt nun mit einer Reihe von Fällen, daß ihm jederzeit die Wittwe, welche ihres ohne Kinder verstorbenen Mannes Lehngut ererbet, die Sterbelehn als persona in investitura non comprehensa habe entrichten müssen. Es fragt sich, hat Kläger dadurch sein Recht, auch in dem jetzigen Falle ein Erbhandlohn zu fordern, erwiesen? allerdings. Denn ist gleich der sich jetzt zugetragene umgekehrte Fall vorher noch nicht in individuo vorgekommen, wer wird deswegen läugnen, daß das von dem Lehnherrn erwiesene Gewohnheitsrecht auch mit auf denselben anzuwenden sey, da bey demselben der nämliche Grund, daß auch der Wittwer keine persona in investitura comprehensa ist, statt findet? Jedoch darf auch hier nicht aus der Acht gelassen werden, was wir oben von der Rechtsanalogie überhaupt bemerkt haben, (S. 264. u. folg.) und ich widerstreite gar nicht, daß Gewohnheiten, die exorbitant sind, und besondere Rechte (iura singularia) zum Gegenstand haben, billig zu restringiren, und daher in streitigen Fällen nicht analogisch, sondern specifice zu erweisen sind [36]).

Zum

36) Desgleichen Fälle findet man beym *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. IV. §. 44. pag. 236. ferner in den

Zum Beweiß einer streitigen Gewohnheit ist jedoch nicht genug, mehrere gleichartige Fälle angegeben zu haben, sondern es muß auch erwiesen werden, daß sie die zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Eigenschaften haben, in sofern selbige nicht etwa vermuthet werden können. So z. B. bedarf die Eigenschaft der Vernunftmäßigkeit keines Beweises, sondern diese wird bey einem erwiesenen Gewohnheitsrechte im Zweifel vermuthet, bis das Gegentheil dargethan ist [37]). Dahingegen aber muß 1) bewiesen werden, daß die angeführten Handlungen, wodurch die Gewohnheit soll begründet worden seyn, öffentlich und in der Meinung einer moralischen Nothwendigkeit sind unternommen worden, insofern nicht etwa die Eigenschaften sich schon aus der Natur der angeführten Handlungen von selbst ergeben sollten. Denn man setze z. B. daß es solche Handlungen wären, die in den Gerichten vorgekommen, und worüber gestritten worden ist; so ist wegen jener Eigenschaften kein besonderer Beweis erforderlich. Allein man nehme nun den Fall an, daß in einem Orte, dessen Einwohner gewisse Holzungen gemeinschaftlich besitzen, dergleichen Holzerbschaften sich in Teutschland häufig finden, die männlichen Erben allein mit Ausschließung der weiblichen in den Holzantheil des verstorbenen Erblassers zu succediren begehrten, auch desfalls erwiesen hätten, daß diese Holzgerechtigkeit in dem Orte jedesmahl bey dem Mannsstamme verblie-

den gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen von Gmelin und Elsässer. IV. Band. N. VII. S. 86. u. folgg.

37) CRAMER c. l. §. 27. KEMMERICH cit Diss. Sect. II. §. X. pag. 69.

ben sey. Würden sie wohl hierdurch schon die Behauptung einer exclusiven Gewohnheit genugsam dargethan haben? Ich glaube es nicht. Denn sind gleich noch so lange die Holztheile den Söhnen verblieben, so folgt doch daraus noch nicht, daß sie vermöge rechtlicher Nothwendigkeit bey denselben haben verbleiben müssen [38]). Es muß also dieser letztere Umstand noch besonders dargethan werden. 2) Die zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Länge der Zeit bedarf nur insofern eines Beweises, daß nachgewiesen werden muß, wenn die angeführten einzelnen Handlungen vorgefallen sind, damit der Richter beurtheilen könne, ob der Zeitraum, binnen welchem sie vorgefallen sind, ein tempus diuturnum genennt zu werden verdiene. Wenn jedoch in einem Lande zur Einführung eines ungeschriebenen Rechts entweder durch ausdrückliche Landesgesetze oder durch unbestrittenen Gerichtsgebrauch eine gewisse Verjährungszeit angenommen worden ist, so muß besonders gezeigt werden, daß diese Zeit wirklich verflossen sey [39]).

Sind

38) S. Struben in rechtl. Bedenken 1. Th. Bd. 128 und besonders Ludolf Symphorem. Consultat. et Decision. Vol. I. Cons. 44. pag. 1335. dessen Worte hier einen Platz verdienen: *Non sufficit*, sagt dieser gründliche Rechtsgelehrte, *ad probationem exclusivae consuetudinis, si allegetur, in hoc vel illo casu hereditatis successisse solos masculos, cum exclusione feminarum, sed oportet specialiter dicere, ita propter consuetudinem, vel vi talis consuetudinis factum esse, non alia de causa, cum tale quid etiam contingere potuerit ex speciali testatoris dispositione, aut, in casu intestati, ex amicabili compositione et pacto, unde aliqua nunquam infertur consuetudo.* Man sehe auch Voet Commentar. ad Pandect. h. t. §. 31. und von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden Part. XII. S. 100.

39) de Cramer T. III Obs. 847. §. 27. et 28. und Kemmerich a. a. O. §. XI pag. 77.

Sind nun auf solche Art die zur Einführung einer streitigen Gewohnheit erforderliche Handlungen und deren wesentliche Eigenschaften rechtlich dargethan worden, so wird die Genehmigung des Landesherrn, insofern dieselbe nicht etwa durch eine allgemeine, oder sich auf die streitige Gewohnheit beziehende besondere Verordnung schon ausdrücklich erklärt worden seyn sollte, so lange vermuthet, bis das Gegentheil dargethan worden ist [40]). Es wäre denn, daß von einer solchen Gewohnheit die Rede sey, die den allgemeinen Landesgesetzen gerade entgegen streitet, in welchem Falle ein deutlicher Beweis erfordert wird, daß sie zu seiner Wissenschaft gekommen [41]). Diese erhellet z. B. aus der ausdrücklichen höchsten Confirmation [42]) solcher Handlungen, oder auch aus andern Umständen.

Genug von dem Beweisthema; ich will nun gleich zu den Beweismitteln selbst schreiten, wenn ich zuförderst nur noch dies bemerkt habe, daß der an sich schwere Beweis einer streitigen Gewohnheit alsdann viel von seiner Schwierigkeit verliehrt, wenn nicht sowohl über das Daseyn, sondern blos über den heutigen Gebrauch und Gültigkeit [43]) einer alten Rechtsgewohnheit gestritten wird;

40) SCHILTER Ex. II. §. 16. not. b.

41) Man vergleiche hier besonders Kemmerich a. a. O. §. XI.

42) *Haec* (confirmatio) schreibt Kemmerich a. a. O. not. d. pag. 71. *in* SANCTIONI *Principis* SENATU *potissimum, vel, hoc deficiente, in* REGIMINE *saltem* PROVINCIALI *fieri debere videtur: si scilicet, relatione ad Principem facta, actus consuetudinis inductivus confirmetur.*

43) S. Kemmerich a. a. O. §. 2. S. 60. u. not. e.

z. B. einer ſolchen, welche in einer Collection des Mittelalters z. E. im Sachſenſpiegel enthalten iſt (§. 69).

Die Beweismittel bey einem Gewohnheitsrechte können nun, wie in andern ſtreitigen Fällen,

1) Zeugen ſeyn. Wie viele aber zu einem ſolchen Beweiſe, von welchen hier die Rede iſt, erfordert werden, iſt unbeſtimmt. Daher die meiſten Rechtsgelehrten der Meinung ſind [44]), daß es auch in dieſem Falle bey der Regel bleibe, nach welcher zu einem vollſtändigen Beweiſe nur zwey untadelhafte Zeugen erfordert werden [45]). Andere wollen jedoch eine größere Anzahl der Zeugen beym Beweiſe einer rechtlichen Gewohnheit für nöthig, oder wenigſtens für zuträglicher halten. [46]). Meines Erachtens läßt ſich hiervon in abſtracto nichts beſtimmen, ſondern es kommt alles auf ihre Wiſſenſchaft an, die ſie von den einzelnen Handlungen haben, wodurch die ſtreitige Gewohnheit erwieſen werden ſoll. Haben nun zwey derſelben von den zum Beweis angeführten einzelnen Fällen und deren Umſtänden vollkommene Wiſſenſchaft, ſind ſie überdies claſſiſch, ſo iſt nicht einzuſehen, warum der Beweis durch die Ausſagen zweyer ſolcher Zeugen nicht für vollführt geachtet werden

44) COLERUS de Proceſſ. executiv. P. I. Cap. III. n. 34. SCHILTER Exerc. II. §. 20. ZOZIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 86. u. a. m.

45) L. 12. *D. de teſtib.*

46) STRUV Synt iur. civ. Ex II. th. 21. FABER Cod. Lib. IV. Tit. 15 Definit. 14. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 34. Letzterer erfordert wenigſtens zehen Zeugen.

werden sollte [47])? Daß inzwischen der Beweisführer eben deswegen wohl thut, wenn er mehr als zwey Zeugen ernennt, hat keinen Zweifel. So viel nun aber die Aussagen derselben anbetrift, so ist es nicht hinreichend, wenn die Zeugen überhaupt deponiren, daß eine dergleichen Gewohnheit, worüber gestritten wird, wirklich vorhanden sey [48]), oder wenn sie die ihnen vorgelegten Beweisartikel nur schlechtweg bejahen; nein; es müssen ihre Aussagen, wenn sie beweisen sollen, nicht nur auf die einzelnen Fälle und Handlungen der Gewohnheit, und übrigen Eigenschaften derselben gerichtet seyn, sondern auch einen hinreichenden Grund ihrer Wissenschaft enthalten [49]). In so fern es jedoch nur auf das Alterthum eines gewissen in Streit gezogenen Gebrauchs allein ankommen sollte, sind auch Testes de auditu für zulässig allerdings zu halten, zumahl wenn dieselben ihre Aussagen dahin gestellet haben, wie sie es von sehr alten Leuten gehört, daß etwas immer und seit Menschengedenken nicht anders gewesen wäre [50]). Und da es übrigens beym Beweise eines Gewohnheitsrechts vorzüglich auf einzelne Handlungen ankommt, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß auch Testes singulares, welche von einzelnen verschiedenen, aber doch homogenen Handlungen,

47) de CRAMER T. III. Ob. 847. §. 29.

48) MYNSINGER Cent. V. Obs. XLI. n. 14. *Hofacker* Princip. iur. civ. Tom. I. §. 125.

49) COCCEJI in iure civ. contov. h. t. Qu. XIV. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. S. 83. PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. II Obs. 138 §. 1. Rundens Grdsätze des teutschen Privatrechts §. 56.

50) STRUV a. a. O. WERNHER sel. Obs. for. T. I. P. IV. Ob. 37. n. 3.

oder von verschiedenen Handlungen einerley Inhalt, die aber einander nicht entgegen sind, zeugen, für ungültig nicht gehalten werden dürfen [51])

II) Urkunden, welche entweder dergleichen Handlungen selbst enthalten, wodurch die Gewohnheit erwiesen werden soll, z. B. gerichtliche und obrigkeitlich bestätigte Aufsätze über Handlungen der Art, worüber die Frage ist, dergleichen rechtskräftige Urtheilssprüche, in welchen nach der vorhin schon einmal bestrittenen Gewohnheit gesprochen worden ist [52]); oder welche das Dasyn der streitigen Gewohnheit beglaubigen, nämlich glaubwürdige Attestate [53]), die eine Erzählung, daß dergleichen Handlungen vorgekommen sind, als zur Begründung der behaupteten Gewohnheit erfordert werden, enthalten, machen auch hier richtige Beweismittel aus. Es kann jedoch das bloße Zeugniß des Richters von einer hergebrachten Gewohnheit, wenn in demselben keine einzelne Handlungen und Fälle, überall mit Beziehung auf die Acten, angegeben worden sind, die Kraft eines rechtlichen Beweises nicht behaupten [54]), und wenn gleich

51) S. CARPZOV Medium. pract. pag. 29. n. 2.

52) Runde a. a. O.

53) Wie solche Attestate beschaffen seyn müssen, zeigt Strube in den rechtl. Bedenken V. Th. Bed. 90. S. 187.

54) S. Strube 2. Th. Bed. LIX. §. 4. S. 222. 2 WERNHER T. I. P. IV. Obs. 110. ibique in *Supplement.* und T. III. P. II. Obs. 252. n. 116. seq. CRAMER c. l. §. 30. et 31. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decision. Part. I. Resp. VI. n. 8. pag. 102. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. I. Th. S. 408. u. folg. Runde a. a. O. und ZWINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. XV. not. p.

gleich einige Rechtsgelehrte der Meinung sind [55]), daß ein solches allgemeines Attestat, wenn es nur durch das Gerichtssiegel, und die gewöhnliche Unterschrift des Gerichts bekräftiget worden, wenigstens einen halben Beweis mache; so ist doch dieses von Andern [56]) mit mehrern Grunde geläugnet worden, indem bekanntes Rechtens ist, daß überhaupt kein Zeugniß, welches nicht bestimmt, sondern nur in allgemeinen Ausdrücken abgefaßt ist, etwas, mithin auch nicht einmal semiplene erweise [57]). Es muß also das richterliche Attestat, wenn es eine volle Beweiskraft haben soll, so eingerichtet werden, daß es nicht nur einzelne Fälle aus Gerichtsacten enthält, sondern auch daraus die erforlichen Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts erhellen; so wie sichs denn auch wohl von selbst verstehet, daß der Beweis der Gewohnheit nicht das eigene Interesse des Richters betreffen dürfe [58]). Ob nicht

55) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 9.

56) REINHARTH ad Christinaei Decision. Vol. IV. Obs. 66. p. 96. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas. Vol. I. P. I. Spec. XI. med. 13.

57) *L.* 4. *Cod de testib.* Ein anders ist es, wenn die Analogie des teutschen Rechts das Zeugniß des Richters unterstützt, wovon Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Band 2. Th. Dec. 43. ein Beyspiel giebt.

58) Z. E. wenn der Richter, um ein von ihm gesprochenes Urtheil zu rechtfertigen, ein Herkommen durch sein Zeugniß darthun wollte, welches der andere streitende Theil im Zweifel gezogen, so kann das Zeugniß des Richters in causa propria keinen gültigen Beweiß geben. S. MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum T. I. Obs. 36.

III) in Ermangelung anderer Beweismittel auch die Zuschiebung des Eides zum Beweis einer ſtreitigen Gewohnheit gebraucht werden könne? iſt nur in ſo weit zu vernehmen, als der Eid überhaupt darüber deferirt werden ſoll, daß eine ſolche Gewohnheit, als behauptet werden will, wirklich vorhanden ſey [59]), weil eines Theils überhaupt kein Eid in folle zugeſchoben werden darf, ſondern das factum, worüber der Eid deferirt wird, jederzeit nach allen denjenigen Umſtänden, wovon die Wahrheit deſſelben abhängt, beſtimmt ſeyn muß [60]); andern Theils aber die Natur eines Gewohnheitsrechts dieſe Beweisart an ſich nicht zuläßt, indem eine erwieſene Gewohnheit, als Geſetz, viele verbindet, niemand aber durch ſeinen Eid den Rechten eines Dritten zu nahe treten, oder einem Dritten eine Verbindlichkeit aufbürden darf [61]). Daß indeſſen über einzelne Umſtände der zum Beweis angeführten Handlungen, wovon der Gegner Wiſſenſchaft haben muß, der Eid zugeſchoben werden könne, leidet keinen Zweifel. Sollte aber nicht auch

IV) in dem Falle, da die vorgegebene rechtliche Gewohnheit nur halb, oder auch über die Hälfte, aber doch noch nicht vollſtändig erwieſen worden, wenigſtens auf den Erfüllungseid erkannt werden können? Die meiſten Rechts-

59) S. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 321. n. VIII. S. 461. MALBLANC doctrina de iureiurando. Lib. III. Cap III. §. 44. pag. 136.

60) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. *Goett.* 1772. §. XII. n. II. pag. 16.

61) MALBLANC a. a. O. S. 138.

Rechtsgelehrten leugnen dieses [62]). Andere aber wollen wenigstens das iuramentum de creduliate zulassen [63]). Ich glaube, wenn an der Vollständigkeit des Beweises nur noch wenig mangelt, und der Erfüllungseid nur dazu dienen soll, diesen oder jenen einzelnen Umstand, der schon zu einen ziemlichen Grad der Probabilität gebracht worden ist, durch diesen Eid völlig ausser Zweifel zu setzen, so kann allerdings darauf erkannt werden [64])

Hiermit beschließt nun unser Autor diese wichtige Materie vom Gewohnheitsrecht, wenn nun gleich in andern Systemen und Commentaren ausser den vorgetragenen Sätzen auch noch von der Wirkung und Auslegung eines Gewohnheitsrechts gehandelt zu werden pflegt, so erfordern doch diese Puncte keine weitläuftige Erörterung, sondern lassen

62) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. in fine. wo er folgenden Grund anführt: *Cum tali iureiurando actor id, quod minus plene probatum est, conscientiae propriae testimonio, circa proprium, non alienum factum occupato, confirmet; hic vero non de iurantis facto, sed populi totius consensu tacito, ac frequentibus non actoris reive, sed aliorum actibus, dubitatio sit; et praesupposita actuum frequentia ad consuetudinem necessaria, non possit non esse pluribus notum, quod consuetudine obtentum est; apparet, nisi fallor, hic iurisiurandi suppletorii materiam deficere.* Hiermit stimmen auch Struben in den rechtl. Bedenken IV. Th. N. 163. S. 418. HERTIUS Vol. II. decis. 408. n. 2. CRAMER T. III. Obs. 847. §. 33. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 125. pag. 102. u. a. m. überein.

63) WERNHER P. I. Obs. 38. GAERTNER Meditat. pract. ad Pandectas. Spec. I. pag. 29.

64) MALBLANC doctr. de iureiurando pag. 276. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. pag. 84.

und *in individuo* erwiesen, das heißt, ob nicht insbesondere dargethan werden müsse, daß eben derselbe Fall, worüber gestritten wird, unter den nämlichen Umständen schon mehrmahlen vorgekommen, und dabey jederzeit die behauptete Gewohnheit zur Regel angenommen worden sey? ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung sind. Die meisten wollen sie bejahen [32]); und diesen stimmt auch unser Autor bey. Andere [33]) hingegen lassen eine Aehnlichkeit der Fälle zu, und diese letztere Meinung halte ich allerdings für gegründeter. Denn erstlich kann man ja bey der Erklärung und Anwendung geschriebener Gesetze a simili schliessen; warum sollte es nun bey ungeschriebenen Gesetzen anders seyn? Will der Gesetzgeber einmal, daß es bey gewissen Fällen hinführo beständig eben so gehalten werden solle, wie es von Alters her bis jetzt üblich gewesen ist; warum sollte es nicht auch seinem Willen gemäß seyn, bey andern ähnlichen Fällen dasselbe Gewohnheitsrecht Statt finden zu lassen? Sodann aber bestärken mich hierin auch selbst die Gesetze [34]). Es muß nur aber freylich

32) COTHMANN II. Resp. 84. n. 52. MEVIUS P. IV. Dec. 3. n. 7. *de* WERNHER sel. Observat. for. P. V. Obs. 135. *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. Protestant. T. I. Lib. I. Tit. IV §. 44. pag. 235. seqq. KEMMERICH cit. Diss. Sect. II. §. VIII. REINHARTH ad *Christinaeum* Vol. IV. Obs. 66. pag. 96. u. m.

33) *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. II. pag. 81. VORTIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 36. KÖNIG in Diss. de iure consuetudinario §. 35. LEYSER Spec. IX. med. 8. HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 12.

34) *L.* 32. *pr. D. de LL.* De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est; et si qua in re hoc deficeret, *tunc quod proximum* et

lich eine wahre Aehnlichkeit der Fälle vorhanden seyn. Daß diese bey wirklicher Anwendung oft schwer zu bestimmen sey, gestehe ich gern; aber eben desto nöthiger ist es, ein Principium festzusetzen, woraus die Aehnlichkeit der Fälle zu beurtheilen. Eine solche Aehnlichkeit ist nun alsdann unstreitig vorhanden, wenn der gegenwärtige Fall, ohnerachtet er in specie noch nicht vorgekommen, dennoch nicht nur überhaupt unter ein gewisses genus controversiarum zu zählen ist, von welchem derselbe als eine Species anzusehen, sondern auch insonderheit bey dem jetzigen einzelnen Falle eben der Grund, welcher vom ganzen genere gilt, statt findet [35]). Ist dieses, so ist der gegebene Fall allerdings für gleichartig zu halten, und es ist genug, wenn die Gewohnheit nur von dem genere casuum erwiesen wird, unter welchem der streitige Fall als ein Species begriffen ist. Man setze zum Beyspiel, daß in einem gewissen Orte die Töchter aus der Verlassenschaft ihrer Mütter die Gerade für sich verlangten, und sich in einem Gewohnheitsrechte gründeten. Sie bewiesen

et consequens ei est; d. i. man soll in den Fällen, da keine geschriebene Gesetze vorhanden sind, auf Gewohnheiten Rücksicht nehmen, und wenn es an beyden fehlt, die Analogie von ähnlichen Fällen zur Entscheidungsnorm annehmen. S. *Ant.* FABER in Rational. ad eandem L. Hiermit stimmt auch die *L. 1. C. quae sit longa cons.* überein, worin dem Richter zur Pflicht gemacht wird, auf RATIONEM, *quae consuetudinem suae sit*, zu sehen, gewiß in keiner andern Absicht, als um daraus zu beurtheilen, ob wirklich eine Aehnlichkeit der Fälle vorhanden sey.

35) de CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 847. §. 35.

wiesen hierauf, daß man sich an diesem Orte in Erbfällen von je her nach dem sächsischen Rechte gerichtet hätte; so haben sie auch in Ansehung der zum voraus verlangten Gerade das behauptete Gewohnheitsrecht erwiesen, weil auch diese sächsischen Rechtens ist. Ein anderer Fall. Ein Edelmann verlangt von einem Wittwer, der seiner ohne Leibeserben verstorbenen Ehefrau lehnbares Gut ererbet, vermöge eines Gewohnheitsrechts das Erb- oder Sterbhandlohn. Der Lehnmann glaubt hiezu nicht verbunden zu seyn. Ersterer soll also seine angemaßte Befugniß erweisen. Der Edelmann beweißt nun mit einer Reihe von Fällen, daß ihm jederzeit die Wittwe, welche ihres ohne Kinder verstorbenen Mannes Lehngut ererbet, die Sterbelehn als persona in investitura non comprehensa habe entrichten müssen. Es fragt sich, hat Kläger dadurch sein Recht, auch in dem jetzigen Falle ein Erbhandlohn zu fordern, erwiesen? allerdings. Denn ist gleich der sich jetzt zugetragene umgekehrte Fall vorher noch nicht in individuo vorgekommen, wer wird deswegen läugnen, daß das von dem Lehnherrn erwiesene Gewohnheitsrecht auch mit auf denselben anzuwenden sey, da bey demselben der nämliche Grund, daß auch der Wittwer keine persona in investitura comprehensa ist, statt findet? Jedoch darf auch hier nicht aus der Acht gelassen werden, was wir oben von der Rechtsanalogie überhaupt bemerkt haben, (S. 264. u. folg.) und ich widerstreite gar nicht, daß Gewohnheiten, die exorbitant sind, und besondere Rechte (iura singularia) zum Gegenstand haben, billig zu restringiren, und daher in streitigen Fällen nicht analogisch, sondern specifice zu erweisen sind [36]).

Zum

36) Desgleichen Fälle findet man beym *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. IV. §. 44. pag. 236. ferner in den

Zum Beweiß einer streitigen Gewohnheit ist jedoch nicht genug, mehrere gleichartige Fälle angegeben zu haben, sondern es muß auch erwiesen werden, daß sie die zur Einführung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Eigenschaften haben, in sofern selbige nicht etwa vermuthet werden können. So z. B. bedarf die Eigenschaft der Vernunftmäßigkeit keines Beweises, sondern diese wird bey einem erwiesenen Gewohnheitsrechte im Zweifel vermuthet, bis das Gegentheil dargethan ist [37]). Dahingegen aber muß 1) bewiesen werden, daß die angeführten Handlungen, wodurch die Gewohnheit soll begründet worden seyn, öffentlich und in der Meinung einer moralischen Nothwendigkeit sind unternommen worden, insofern nicht etwa die Eigenschaften sich schon aus der Natur der angeführten Handlungen von selbst ergeben sollten. Denn man setze z. B. daß es solche Handlungen wären, die in den Gerichten vorgekommen, und worüber gestritten worden ist; so ist wegen jener Eigenschaften kein besonderer Beweis erforderlich. Allein man nehme nun den Fall an, daß in einem Orte, dessen Einwohner gewisse Holzungen gemeinschaftlich besitzen, dergleichen Holzerbschaften sich in Teutschland häufig finden, die männlichen Erben allein mit Ausschließung der weiblichen in den Holzantheil des verstorbenen Erblassers zu succediren begehrten, auch desfalls erwiesen hätten, daß diese Holzgerechtigkeit in dem Orte jedesmahl bey dem Mannsstamme verblie-

den gemeinnützigen juriſt. Beobachtungen und Rechtsfällen von Gmelin und Elsässer. IV. Band. N. VII. S. 86. u. folgg.

37) CRAMER c. l. §. 27. KEMMERICH cit Diss. Sect. II. §. X. pag. 69.

ben sey. Würden sie wohl hierdurch schon die Behauptung einer exclusiven Gewohnheit genugsam dargethan haben? Ich glaube es nicht. Denn sind gleich noch so lange die Holztheile den Söhnen verblieben, so folgt doch daraus noch nicht, daß sie vermöge rechtlicher Nothwendigkeit bey denselben haben verbleiben müssen [38]). Es muß also dieser letztere Umstand noch besonders dargethan werden. 2) Die zur Begründung einer rechtlichen Gewohnheit erforderliche Länge der Zeit bedarf nur insofern eines Beweises, daß nachgewiesen werden muß, wenn die angeführten einzelnen Handlungen vorgefallen sind, damit der Richter beurtheilen könne, ob der Zeitraum, binnen welchem sie vorgefallen sind, ein tempus diuturnum genennt zu werden verdiene. Wenn jedoch in einem Lande zur Einführung eines ungeschriebenen Rechts entweder durch ausdrückliche Landesgesetze oder durch unbestrittenen Gerichtsgebrauch eine gewisse Verjährungszeit angenommen worden ist, so muß besonders gezeigt werden, daß diese Zeit wirklich verflossen sey [39]).

Sind

38) S. Struben in rechtl. Bedenken 1. Th. Bd. 128 und besonders LUDOLF Symphorem. Consultat. et Decision. Vol. I. Cons. 44. pag. 1335. dessen Worte hier einen Platz verdienen: *Non sufficit*, sagt dieser gründliche Rechtsgelehrte, *ad probationem exclusivae consuetudinis, si allegetur, in hoc vel illo casu hereditatis successisse solos masculos, cum exclusione feminarum, sed oportet specialiter doceri, ita propter consuetudinem, vel vi talis consuetudinis factum esse, non alia de causa, cum tale quid etiam contingere potuerit ex speciali testatoris dispositione, aut, in casu intestati, ex amicabili compositione et pacto, unde aliqua neutiquam infertur consuetudo.* Man sehe auch VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 21. und von Cramer in den wetzlarischen Nebenstunden Part. XII. S. 100.

39) *de* CRAMER T. III. Obs. 847. §. 27. et. 28. und KEMMERICH a. a. O. §. XII. pag. 77.

Sind nun auf solche Art die zur Einführung einer streitigen Gewohnheit erforderliche Handlungen und deren wesentliche Eigenschaften rechtlich dargethan worden, so wird die Genehmigung des Landesherrn, insofern dieselbe nicht etwa durch eine allgemeine, oder sich auf die streitige Gewohnheit beziehende besondere Verordnung schon ausdrücklich erklärt worden seyn sollte, so lange vermuthet, bis das Gegentheil dargethan worden ist [40]). Es wäre denn, daß von einer solchen Gewohnheit die Rede sey, die den allgemeinen Landesgesetzen gerade entgegen streitet, in welchem Falle ein deutlicher Beweis erfordert wird, daß sie zu seiner Wissenschaft gekommen [41]). Diese erhellet z. B. aus der ausdrücklichen höchsten Confirmation [42]) solcher Handlungen, oder auch aus andern Umständen.

Genug von dem Beweisthema; ich will nun gleich zu den Beweismitteln selbst schreiten, wenn ich zuförderst nur noch dies bemerkt habe, daß der an sich schwere Beweis einer streitigen Gewohnheit alsdann viel von seiner Schwierigkeit verliehrt, wenn nicht sowohl über das Daseyn, sondern blos über den heutigen Gebrauch und Gültigkeit [43]) einer alten Rechtsgewohnheit gestritten wird;

40) SCHILTER Ex. II. §. 16. not. b.

41) Man vergleiche hier besonders Kemmerich a. a. O. §. XI.

42) *Haec* (confirmatio) schreibt Kemmerich a. a. O. not. d. pag. 71. *in* SANCTIORI *Principis* SENATU *potissimum, vel, hoc deficiente, in* REGIMINE *saltem* PROVINCIALI *fieri debere videtur: si scilicet, relatione ad Principem facta, actus consuetudinis inductivus confirmetur.*

43) S. Kemmerich a. a. O. §. 2. S. 60. u. not. 9.

z. B. einer solchen, welche in einer Collection des Mittelalters z. E. im Sachsenspiegel enthalten ist (§. 69).

Die Beweismittel bey einem Gewohnheitsrechte können nun, wie in andern streitigen Fällen,

1) Zeugen seyn. Wie viele aber zu einem solchen Beweise, von welchen hier die Rede ist, erfordert werden, ist unbestimmt. Daher die meisten Rechtsgelehrten der Meinung sind [44]), daß es auch in diesem Falle bey der Regel bleibe, nach welcher zu einem vollständigen Beweise nur zwey untadelhafte Zeugen erfordert werden [45]). Andere wollen jedoch eine größere Anzahl der Zeugen beym Beweise einer rechtlichen Gewohnheit für nöthig, oder wenigstens für zuträglicher halten. [46]). Meines Erachtens läßt sich hiervon in abstracto nichts bestimmen, sondern es kommt alles auf ihre Wissenschaft an, die sie von den einzelnen Handlungen haben, wodurch die streitige Gewohnheit erwiesen werden soll. Haben nun zwey derselben von den zum Beweis angeführten einzelnen Fällen und deren Umständen vollkommene Wissenschaft, sind sie überdies classisch, so ist nicht einzusehen, warum der Beweis durch die Aussagen zweyer solcher Zeugen nicht für vollführt geachtet werden

44) COLERUS de Proceſſ. executiv. P. I. Cap. III. n. 34. SCHILTER Exerc. II. §. 20. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 86. u. a. m.

45) L. 12. *D. de teſtib.*

46) STRUV Synt iur. civ. Ex II. th. 21. FABER Cod. Lib. IV. Tit. 15 Definit. 14. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 34. Letzterer erfordert wenigstens zehen Zeugen.

werden sollte [47])? Daß inzwischen der Beweisführer eben deswegen wohl thut, wenn er mehr als zwey Zeugen ernennt, hat keinen Zweifel. So viel nun aber die Aussagen derselben anbetrift, so ist es nicht hinreichend, wenn die Zeugen überhaupt deponiren, daß eine dergleichen Gewohnheit, worüber gestritten wird, wirklich vorhanden sey [48]), oder wenn sie die ihnen vorgelegten Beweisartikel nur schlechtweg bejahen; nein; es müssen ihre Aussagen, wenn sie beweisen sollen, nicht nur auf die einzelnen Fälle und Handlungen der Gewohnheit, und übrigen Eigenschaften derselben gerichtet seyn, sondern auch einen hinreichenden Grund ihrer Wissenschaft enthalten [49]). In so fern es jedoch nur auf das Alterthum eines gewissen in Streit gezogenen Gebrauchs allein ankommen sollte, sind auch Testes de auditu für zulässig allerdings zu halten, zumahl wenn dieselben ihre Aussagen dahin gestellet haben, wie sie es von sehr alten Leuten gehört, daß etwas immer und seit Menschengedenken nicht anders gewesen wäre [50]). Und da es übrigens beym Beweise eines Gewohnheitsrechts vorzüglich auf einzelne Handlungen ankommt, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß auch Testes singulares, welche von einzelnen verschiedenen, aber doch homogenen Handlungen,

47) de CRAMER T. III. Ob. 847. §. 29.

48) MYNSINGER Cent. V. Obs. XLI. n. 14. *Hofacker* Princip. iur. civ. Tom. I. §. 125.

49) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. XIV. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. S. 83. PUFFENDORF Observat. iur. univ. T. II Obs. 138 §. 1. Rundens Grdsätze des teutschen Privatrechts §. 56.

50) STRUV a. a. O. WERNHER sel. Obs. for. T. I. P. IV. Ob. 37. n. 3.

oder von verschiedenen Umständen einerley Factums, die ober einander nicht entgegen sind, zeugen, für unzulässig nicht gehalten werden dürfen [51]).

II) Urkunden, welche entweder dergleichen Handlungen selbst enthalten, wodurch die Gewohnheit erwiesen werden soll, z. B. schriftliche und obrigkeitlich bestättigte Aufsätze über Handlungen der Art, wovon die Frage ist, desgleichen rechtskräftige Urtheilssprüche, in welchen nach der vorhin schon einmal bestrittenen Gewohnheit gesprochen worden ist [52]); oder welche das Daseyn der streitigen Gewohnheit beglaubigen, nämlich glaubwürdige Attestate [53]), die eine Erzählung, daß dergleichen Handlungen vorgekommen sind, als zur Begründung der behaupteten Gewohnheit erfordert werden, enthalten, machen auch hier wichtige Beweismittel aus. Es kann jedoch das bloße Zeugniß des Richters von einer hergebrachten Gewohnheit, wenn in demselben keine einzelne Handlungen und Fälle, überall mit Beziehung auf die Acten, angegeben worden sind, die Kraft eines rechtlichen Beweises nicht behaupten [54]), und wenn gleich

51) S. GAERTNER Meditat. pract. pag. 29. n. 2.

52) Runde a. a. O.

53) Wie solche Attestate beschaffen seyn müssen, zeigt Struben in den rechtl. Bedenken V. Th. Bed. 90. S. 187.

54) S. Struben 2. Th. Bed. LIX. §. 4. S. 222, a WERNHER T. I. P. IV. Obs. 110. ibique in *Supplement.* und T. III. P. II. Obs. 252. n. 116. sqq. CRAMER c. l. §. 30. et 31. *Fratr.* BECMANNI Consil. et Decision. Part. I. Resp. VI. n. 8. pag. 102. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. I. Th. S. 408. u. folg. Runde a. a. O. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. XV. not. p.

gleich einige Rechtsgelehrte der Meinung sind [55]), daß ein solches allgemeines Attestat, wenn es nur durch das Gerichtssiegel, und die gewöhnliche Unterschrift des Gerichts bekräftiget worden, wenigstens einen halben Beweis mache; so ist doch dieses von Andern [56]) mit mehrern Grunde geläugnet worden, indem bekanntes Rechtens ist, daß überhaupt kein Zeugniß, welches nicht bestimmt, sondern nur in allgemeinen Ausdrücken abgefaßt ist, etwas, mithin auch nicht einmal semiplene erweise [57]). Es muß also das richterliche Attestat, wenn es eine volle Beweiskraft haben soll, so eingerichtet werden, daß es nicht nur einzelne Fälle aus Gerichtsacten enthält, sondern auch daraus die erforlichen Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts erhellen; so wie sichs denn auch wohl von selbst verstehet, daß der Beweis der Gewohnheit nicht das eigene Interesse des Richters betreffen dürfe [58]). Ob nicht

55) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 9.

56) REINHARTH ad Christinaei Decision. Vol. IV. Obs. 66. p. 96. und HARTLEBEN Meditat. ad Pandectas. Vol. I. P. I. Spec. XI. med. 13.

57) *L.* 4. *Cod de testib.* Ein anders ist es, wenn die Analogie des teutschen Rechts das Zeugniß des Richters unterstützt, wovon Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Band 2. Th. Dec. 43. ein Beyspiel giebt.

58) Z. E. wenn der Richter, um ein von ihm gesprochenes Urtheil zu rechtfertigen, ein Herkommen durch sein Zeugniß darthun wollte, welches der andere streitende Theil im Zweifel gezogen, so kann das Zeugniß des Richters in causa propria keinen gültigen Beweiß geben. S. MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum T. I. Obs. 36.

III) in Ermangelung anderer Beweismittel auch die Zuschiebung des Eides zum Beweis einer streitigen Gewohnheit gebraucht werden könne? ist nur in so weit zu verneinen, als der Eid überhaupt darüber deferirt werden soll, daß eine solche Gewohnheit, als behauptet werden will, wirklich vorhanden sey [59]), weil eines Theils überhaupt kein Eid in solle zugeschoben werden darf, sondern das factum, worüber der Eid deferirt wird, jederzeit nach allen denjenigen Umständen, wovon die Wahrheit desselben abhängt, bestimmt seyn muß [60]); andern Theils aber die Natur eines Gewohnheitsrechts diese Beweisart an sich nicht zuläßt, indem eine erwiesene Gewohnheit, als Gesetz, viele verbindet, niemand aber durch seinen Eid den Rechten eines Dritten zu nahe treten, oder einem Dritten eine Verbindlichkeit aufbürden darf [61]). Daß indessen über einzelne Umstände der zum Beweis angeführten Handlungen, wovon der Gegner Wissenschaft haben muß, der Eid zugeschoben werden könne, leidet keinen Zweifel. Sollte aber nicht auch

IV) in dem Falle, da die vorgegebene rechtliche Gewohnheit nur halb, oder auch über die Hälfte, aber doch noch nicht vollständig erwiesen worden, wenigstens auf den Erfüllungseid erkannt werden können? Die meisten Rechts-

59) S. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß. 2. Th. §. 321. n. VIII. S. 461. MALBLANC doctrina de iureiurando. Lib. III. Cap. III. §. 44. pag. 136.

60) S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de auctoritate iudicis circa iusiurandum in iudicio delatum. *Goett.* 1772. §. XII. n. II. pag. 16.

61) MALBLANC a. a. O. S. 138.

Rechtsgelehrten leugnen dieses [62]). Andere aber wollen wenigstens das iuramentum de creduliate zulassen [63]). Ich glaube, wenn an der Vollständigkeit des Beweises nur noch wenig mangelt, und der Erfüllungseid nur dazu dienen soll, diesen oder jenen einzelnen Umstand, der schon zu einen ziemlichen Grad der Probabilität gebracht worden ist, durch diesen Eid völlig ausser Zweifel zu setzen, so kann allerdings darauf erkannt werden [64])

Hiermit beschließt nun unser Autor diese wichtige Materie vom Gewohnheitsrecht, wenn nun gleich in andern Systemen und Commentaren ausser den vorgetragenen Sätzen auch noch von der Wirkung und Auslegung eines Gewohnheitsrechts gehandelt zu werden pflegt, so erfordern doch diese Puncte keine weitläuftige Erörterung, sondern lassen

62) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. in fine. wo er folgenden Grund anführt: *Cum tali iureiurando actor id, quod minus plene probatum est, conscientiae propriae testimonio, circa proprium, non alienum factum occupato, confirmet; hic vero non de iurantis facto, sed populi totius consensu tacito, ac frequentibus non actoris reive, sed aliorum actibus, dubitatio sit; et praesupposita actuum frequentia ad consuetudinem necessaria, non possit non esse pluribus notum, quod consuetudine obtentum est; apparet, nisi fallor, hic iurisiurandi suppletorii materiam deficere.* Hiermit stimmen auch Struben in den rechtl. Bedenken IV. Th. N. 163. S. 418. HERTIUS Vol. II. decis. 408. n. 2. CRAMER T. III. Obs. 847. §. 33. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 125. pag. 102. u. a. m. überein.

63) WERNHER P. I. Obs. 38. GAERTNER Meditat. pract. ad Pandectas. Spec. I. pag. 29.

64) MALBLANC doctr. de iureiurando pag. 276. KEMMERICH a. a. O. §. XVII. pag. 84.

lassen sich daraus, daß die rechtlichen Gewohnheiten die Gesetze nachahmen [65]) und mit ihnen gleiche Kraft und Wirkung behaupten [66]), von selbst herleiten. Durch Gewohnheiten werden daher nicht nur neue Gesetze eingeführt [67]), sondern es wird auch dunklen Gesetzen dadurch ein bestimmter Sinn gegeben [68]), ja es können sogar geschriebene Gesetze durch neue Gewohnheitsrechte ihre Kraft verlieren [69]). Daher pflegt man eine legale Gewohnheit in consuetudinem *introductivam*, *interpretativam* und *abrogativam* einzutheilen. Eine legale Gewohnheit ist übrigens, wie ein jedes anderes Gesetz, zu interpretiren, und läßt, nachdem es der Grund derselben mit sich bringt, eben sowohl eine *extensive*, als restrictive Erklärung zu [70]).

§. 88—92.

Von den Statuten der Gemeinheiten.

§. 88.

Begriff und verschiedene Gattungen der Gemeinheiten.

Vom Gewohnheitsrechte geht unser Autor zu der Lehre von den Statuten der Gemeinheiten und Collegien

65) §. 9. *I. de I. N. G. et C.* Diuturni mores consensu utentium comprobati, *legem imitantur.*

66) *L.* 32. 33. 35. 36. u. 38. *D. h. t.* S. *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de iuris non scripti extra territorium efficientia. Goett. 1737.

67) *L.* 32. *pr. D. h. t.*

68) *L.* 37. *D. h. t.* Optima est Legum interpres consuetudo.

69) *L.* 32. §. 1. *D. h. t.* Diesem ist *L.* 2. *C. quae sit longa consuet.* nicht entgegen, wie ich ad §. 93. zeigen werde.

70) VOET h. t. §. 36.

gien über, weil auch diese in gewisser Rücksicht als eine Gattung von Gesetzen anzusehen sind. In den Fragmenten dieses Titels unserer Pandecten kommt jedoch nichts davon vor, sondern es wird davon an einem ganz andern Orte Lib. XLVII. Tit. 22. gehandelt. Eine Universitas personarum, eine Gemeinheit, Gemeinde, Collegium, Korpus oder Korporation ist überhaupt eine vom Staate oder desselben Oberhaupte ausdrücklich genehmigte oder privilegirte Gesellschaft, die sich zu einem fortdauernden gemeinnützigen Zweck verbunden hat. Sie erfordert also 1) die Verbindung mehrerer Menschen oder Mitglieder des Staats zu einem gemeinschaftlichen Endzweck; wie jede andere Gesellschaft; sie unterscheidet sich jedoch darin, daß sie 2) einen fortdaurenden Endzweck hat, welcher mit dem gemeinen Zweck des Staats überhaupt in einer gewissen Verbindung steht; und 3) vom Staate genehmiget ist. Eine dergleichen Gemeinheit wird als eine moralische Person angesehen, die nie stirbt, sondern immer dieselbe bleibt, wenn auch deren Glieder sich ganz oder zum Theil verändern, ja sie besteht noch, wenn auch die Anzahl ihrer Glieder bis auf eine einzige Person wäre vermindert worden [71]). Die Hervorbringung einer solchen moralischen Person ist nur ein Werk des bürgerlichen Gesetzgebers [72]). Die Gesetze

71) *L.* 7. §. 2. *D. Quod cuiusq. universi. nomine.*

72) Weder hohe Justizcollegien, noch Unterobrigkeiten dürfen sich also ein solches Recht, Gemeinheiten zu bestätigen, anmassen, wenn es ihnen nicht ausdrücklich vom Landesherrn ertheilet worden ist. BERGER Oecon. iur. Lib. I. Tit. I. §. 18. n. 2. LEYSER Spec. DLIX. in fin. Coroll. 2. Dem Landesregenten kommt dieses Recht vermöge seiner oberaufsehenden Gewalt zu.

Gesetze eignen dieses Recht dergestalt dem Regenten und höchsten Gesetzgeber im Staate zu, daß es den Unterthanen als eine unerlaubte und strafbare Handlung zugerechnet wird, wenn sie sich unterfangen, eine moralische Person zu gründen, welche von dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich dafür erklärt worden ist [73]). Und diese ausdrückliche Erklärung des Regenten ist eben die Bestätigung, wodurch sich eine Universitas oder Gemeinheit von einer jeden andern Gesellschaft unterscheidet, und wodurch ihr zugleich die Fähigkeit beygelegt wird, bürgerliche Rechte und Verbindlichkeiten im Staate zu erwerben [74]).

Da eine Personen-Gemeinheit immer eine bestimmte gesellschaftliche Verbindung mehrerer Menschen voraus setzt, die vom Landesherrn zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Endzwecks ist bestätiget worden; so giebt es nun so mancherley Gattungen solcher moralischer Personen, so verschieden diese gesellschaftliche Verbindungen unter den Menschen in Absicht ihres Endzwecks, ihrer Mitglieder und ihrer innern Verfassung seyn können. Der Zweck, wozu Collegien oder Gemeinheiten gestiftet worden sind, kann entwe-

zu. S. Hofr. Schnaubert's Reichsständisches Staatsrecht §. 238. u. 242.

73) *L.* 1. *L.* 3. §. 1. *D. de collegiis et corporib.* Dies mag auch wohl die Ursache seyn, warum die Lehre von Gemeinheiten und Collegien unter diejenigen Titel der Pandecten gebracht worden ist, die von Verbrechen handeln.

74) Die Lehre von den moralischen Personen hat am besten Herr Prof. Woltär in den Grundsätzen der Rechtsgelehrsamkeit (Halle 1785. 8.) zwot. Abschn. S. 215. u. folgg. abgehandelt.

entweder ein geistlicher, — Gottesverehrung, oder ein weltlicher seyn, der auf die Regierung des Staats, oder auf die Erleichterung gewisser Erwerbungsmittel, oder auf die Beförderung eines andern Nutzens, abzielt; im erstern Falle werden sie kirchliche oder religiöse [75]), z. B. Kirchen, Stifter, Klöster; im zweyten aber weltliche Gemeinheiten oder Collegien genennt, z. B. Landesregierungen, Städte, Dörfer, Innungen und Zünfte der Handwerker ꝛc. Schulen und Akademien werden jedoch bekannten Rechten nach zu den universitatibus ecclesiasticis auch selbst unter den Protestanten gerechnet; auf was für Gründen aber diese Einrichtung beruhet, dieses auseinander zu setzen, gehört nicht hierher [76]). Ferner unterscheiden sich universitates personarum auch in Ansehung ihrer Glieder von einander, je nachdem diese entweder individual- oder moralische Personen sind. Im erstern Falle werden sie Collegien; im zweyten aber Corpora im eigentlichen Verstande genennt. Mehrere Collegia zusammen, welche in einer gewissen Verbindung stehen, machen also ein Corpus aus. Z. B. eine Academie [77]). Endlich nach dem Unter-

75) Daß im canonischen Rechte universitates ecclesiasticae, und congregationes religiosae von einander verschieden sind, ist bekannt, denn letztere haben ein religiöses Ordensleben zum Endzweck. S. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. III. pag. 309.

76) S. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. III. Tit. 6. §. 455. u. 456.

77) STRYCK Us. mod. Pandectar. Lib. XLVII. Tit. 22. §. 1. sagt: CORPUS *a* COLLEGIO *ita distinguitur, quod illud sit coniunctio plurium diversorum collegiorum.* Jedoch werden die Worte Colle-

Unterschied ihrer innern Verfassung sind Universitäten entweder von der Art, daß einige Mitglieder eine mit Zwangsrechten versehene Direction und Gerichtsbarkeit über die andern haben, oder nicht. Erstere werden *universitates ordinatae*, auch Staatsgesellschaften genennt, z. B. Städte, Capitel, Academien [78]).

§. 89.

Rechte einer Universität. Begriff und verschiedene Gattungen der Statuten.

Gemeinheiten stellen in den Geschäften des bürgerlichen Lebens eine moralische Person vor, und haben, so wie andere Personen im Staate, ihre Rechte und Verbindlichkeiten; ja so lange in Rücksicht auf die Arten der Rechte, welche Menschen erwerben können, die Gesetze keinen Unterschied zwischen einer moralischen Person und einen individuellen Menschen machen, so lange ist eine moralische Person auch gleicher Rechte fähig, wenn nur das Recht, von dessen Erwerbungsfähigkeit die Rede ist, nicht von der Natur ist, daß es schlechterdings nur von dem Menschen, der es erworben, in eigner Person muß ausgeübt werden. Denn so kann z. B. eine moralische Person keine elterliche Gewalt erwerben, auch kein Testament oder Codicill machen [79]).

Die

Collegium und corpus auch oft für eins genommen. *L.* 10. §. 1. *D. de vacat. mun.* L. *penult.* §. 12. *D. de iure immunit.* *L.* 1. *quod cuiusq. univ. nom.*

78) Andere Begriffe verbindet mit diesen Benennungen Herr Geh. R. NETTELBLADT Systema elem. iurispr. pos. Germ. gen. Lib. II. Sect. I. Tit. I. §. 849. seq.

79) S. Wolfart a. a. O. §. 176. S. 224. u. folgg.

Die Rechte einer Universität lassen sich übrigens sehr gut in zwey Hauptclassen eintheilen. Einige fliessen aus der Natur und dem Zweck der Gesellschaft her, und stehen also einer jeden Personengemeinheit nach Masgabe ihres Entzwecks schon von selbst zu, ohne daß eine besondere Erwerbung nöthig ist; diese werden Gesellschaftsrechte, von andern auch Collegialrechte genennt; und verhalten sich als Mittel zur Erreichung des gemeinschaftlichen Endzwecks der Universität. Andere Rechte haben ihren Grund in einer besondern Concession der Gesetze, oder des Regenten, oder sie sind durch einen besondern Rechtstitel erworben. Zu diesen gehört, daß Universitäten die Rechte der Pupillen und Minderjährigen haben, und ihnen daher, wie diesen, bey erweißlicher Läsion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommt [80]). Auch können, wenigstens nach dem neuern römischen Rechte, erlaubte Gemeinheiten zu Erben eingesetzt, oder ihnen sonst etwas vermacht werden [81]). Ja es erlauben sogar die Gesetze, daß eine moralische Person solche Rechte erwerben könne, welche einem Menschen nur auf die Zeit seines Lebens zugestanden werden, und nach dessen Tode wieder zurückfallen. Nur ver-

80) *L.* 12. §. 2. *D. L.* 4. *C. ex quib. caus. maior. in int. rest. L.* 3. *C. de iure reipubl. cap.* 1. u. 3. *X. de restitut. in integr.* LEYSER Medit. ad Pand. Spec. LIV. med. 3. NETTELBLADT a. a. O. §. 869.

81) *L.* 12. *C. de hered. instit. L.* 2. u. *L.* 26. *D. de reb. dub.* S. HEINECCIUS de collegiis et corpor. opificum Cap. I. §. 27. seqq. in Opusc. var. pag. 412. seqq. und Westphals Theorie des röm Rechts von Testamenten. Kap. 3. §. 145. u. folgg. S. 107.

verordnen sie zu gleicher Zeit, daß wenn eine moralische Person dergleichen Rechte erworben haben sollte, solche denn eben so nach Ablauf von hundert Jahren zurückfallen sollen, wie sie würden mit dem Tode eines Menschen zurückgefallen seyn, der sie erworben hatte [82]). Ausserdem hängt es von der Willkühr des Gesetzgebers ab, in wie weit er die von ihm bestättigte oder gestiftete Gemeinheit der Erwerbung bürgerlicher Rechte in seinem Staate fähig erklären, oder welchen Stand und welche Rechte er ihr sonst beylegen wolle [83]). So viel nun insonderheit die Gesellschaftsrechte einer Gemeinheit anbetrift, so gehören dahin vorzüglich folgende:

1) Das Recht, ein eigenthümliches Vermögen zu erwerben, und eine gemeinschaftliche Casse zu haben [84]), woraus die zur Unterhaltung derselben erforderliche Kosten bestritten werden können. Hiermit ist auch das Recht die zur Verwaltung dieser Gemeinheitsgüter nöthige Administratoren zu bestellen [85]), verbunden.

2) Das

82) *L.* 56. *D. de usufructu.* *L.* 8. *D. de usufr. legat.* In beyden Gesetzstellen wird zum Grunde angeführt: quia is finis vitae longaevi hominis est. S. WESTPHAL de libert. et servit. praed. pag. 659.

83) Woltär a. a. O. §. 173. S. 219.

84) *L.* 1. §. 1. *D. Quod cuiusque univ. nom.*

85) Zwischen diesen Administratoren und der moralischen Person selbst tritt eben dasjenige rechtliche Verhältniß mit allen daraus fließenden Folgen ein, welches zwischen Vormündern und Pupillen oder Minderjährigen obwaltet. *Clement.* 2. *de domib. religios. G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. III. Sect. V. Tit. VIII. §. 629. Woltär a. a. O. §. 180. S. 233. u. folg.

2) Das Recht, Vorsteher und andere zur Betreibung der gesellschaftlichen Angelegenheiten nöthige Bediente, (officiales universitatis,) insonderheit zur Führung ihrer gemeinschaftlichen Processe einen Anwalt oder Syndicum zu bestellen; wovon Lib. III. Tit. 4. ein mehreres [86])

3) Das Recht eines Gemein-Siegels stehet eigentlich nur ordinirten Universitäten und Collegien zu [87]). Zünfte aber können ein solches ohne besondere landesherrliche Bewilligung nicht führen, in sofern es nicht etwa schon bey Einrichtung einer Zunft ertheilet worden ist [88]).

4) Das Recht, Statuten zu errichten [89]).

86) *L.* 1. §. 1. *D. quod cuiusq. univ. nom.*

87) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de iure et auctoritate sigilli authentici. Halae 1742. GOSSEL de sigillis universitat. Lipſ. 1750.

88) Joh. Friedr. Christoph Weisser Recht der Handwerker. (Stuttgardt 1780. 8.) 3. Abschn. §. 29.

89) *L.* 4. *D. de Colleg. et Corporib.* Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt. His autem potestatem facit lex, pactionem, quam velint, sibi ferre: dum ne quid ex publica Lege corrumpant. In den folgenden Worten wird dieses Gesetz aus den Gesetzen des Solons hergeleitet, welches aber ganz unnöthig war, indem jede im Staat erlaubte Gesellschaft schon an sich das Recht hat, die Mittel zur Erhaltung ihres Endzwecks zu verabreden, sich deswegen zu vergleichen, und dieselbe durch einen Gesellschaftsvertrag festzusetzen. S. *Zach.* HUBER Diss. de Legibus Solonis, quas recitat Gajus lib. IV. ad Leg. XII. Tabular. Cap. II. in *Dissertat. iurid. philolog.* (*Franequerae* 1703. 4.) P. I. pag. 281. seqq.

Von diesen wird nun noch insonderheit zu handeln seyn [90]). Was sind denn aber Statuten der Gemeinheiten? Ueberhaupt verstehet man darunter die verbindlichen Regeln, welche für eine Personen-Gemeinheit, z. B. für eine Stadt, ein Stift, eine Academie u. dgl. ausdrücklich festgesetzt worden sind. Diese können von zweyerley Art seyn. Entweder solche, die unter den Mitgliedern einer Gemeinheit vertragsweise sind errichtet worden, und also nur als Verträge verbinden; oder solche, die als Gesetze in der Gemeinheit promulgirt worden sind, und als Gesetze verbinden. Erstere werden *statuta conventionalia*, *iure collegiali condita*; letztere aber *statuta legalia* genennt. Diese können entweder von dem Landesregenten selbst einer Gemeinheit promulgirt worden seyn; denn es ist nichts ungewöhnliches, solche particuläre Landesordnungen *Statuta*, Stadtgesetze, zu nennen [91]); oder es kann seyn, daß der Regent die gesetzgebliche Gewalt einer Gemeinheit auf eine von ihm abhängige Weise in einem gewissen

90) Unter den vielen Schriften, welche von Statuten handeln, verdienen vorzüglich empfohlen zu werden: *Paul* VOET *de statutis eorumque concursu.* Amstelod. 1661. 12. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Lib. I. Tit. IV. P. II. *Christ. Gottl.* RIOCIUS Entwurf von Stadtgesetzen oder Statutis. Frankf. u. Leipz. 1740. 4. *Fr. Ign.* UNGER Diss de eo, quod circa observantias et statuta ecclesiarum, piorum corporum, municipiorum, collegiorum aliarumque communitatum iuris est. *Wirceb.* 1754. *Io. Otto* LUTTERLOH Diss. de statutis collegiorum opificum. Goett. 1759. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom.-Germ. T. I. Lib. I. Cap. III. Tit. 3. pag. 105. seq.

91) Reichskammergerichts-Ordn. P. I. T. 3. §. 1. Reichshofr.-Ordnung Tit. I. §. 15. J. R. A. §. 125.

gewissen Bezirk des Staats verliehen hat. Was sodann dieselbe vermöge dieser Gewalt verordnet, ist eigentliches Gesetz, und ob es gleich in der Gestalt, wie ein Gemeindsvertrag z. B. durch Mehrheit der Stimmen zu Stande kommt, so gehört dies dennoch blos zu der Art, wie die gesetzgebliche Gewalt von der Gemeinheit ausgeübt wird, ändert aber die Natur der gesetzlichen Vorschrift keinesweges [92]).

Eine sehr gewöhnliche Bedeutung ist ferner diejenige, da man die Stadtrechte, welche mit oberherrlicher Genehmigung sind errichtet worden *statuta* nennt. Diese werden auch mit den Namen Willkühr, Weichbild, oder Markt-Recht belegt [93]). Hier versteht unser Autor unter Statuten dasjenige Recht, welches unter den Mitgliedern einer gewissen Gemeinheit oder eines Collegiums vermittelst eines Vertrags ist festgesetzt worden. Statuten in dieser letztern Bedeutung gelten eigentlich und an sich nur wie Verträge, sie erhalten jedoch eine gesetzliche Auctorität, wenn sie vom Landesherrn bestätiget worden sind.

§. 90.

Gültigkeit der Conventinalstatuten.

Sollen Statuten gelten, welche durch einen Gesellschaftsvertrag errichtet worden sind, so wird dazu erfordert,

 1) daß

92) S. Schnaubert's Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrecht. 1. Th. N. V. §. 2. S. 62. u. folgg.

93) RICCIUS a. a. O. 1. Buch. 1. Hauptst. §. VII. u. folgg. C. U. GRUPEN Diss. de civitatum forma, vulgo Weichbild. Hanover 1758. 4. Westphals teutsches Privatrecht. 1. Th. 2. Abhandl. S. 28. u. folgg. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 1. B. §. 49. S. 163.

1) daß der Gegenstand derselben ein solcher sey, welcher Gemeinde- oder Gesellschaftssachen betrifft. Sonst tritt die Gemeinheit aus den Schranken ihrer Gesellschaftsgewalt. Was nun aber Gemeindesachen sind, ist theils aus dem Endzweck der Gemeinheit, theils aus der Natur anderer von ihr erworbenen Gerechtsame zu beurtheilen [94]). Denn man setze, daß der Gemeinheit oder dem Collegio die Gerichtsbarkeit, oder Episcopalrechte zustehen, so sind auch Sachen, welche die Ausübung derselben betreffen, unstreitig für Gemeindesachen zu halten. Gleichwie nun aber alle im Staate gebilligte Gesellschaften der Hoheit des Staats unterworfen sind, so dürfen auch

2) dergleichen Gesellschaftsverträge nicht gegen ausdrücklich und schlechterdings gebietende Gesetze des Regenten streiten, oder sonst dem gemeinen Wohl nachtheilig seyn. In einem solchen Falle ist die besondere Bestätigung des Landesherrn schlechterdings erforderlich, wenn gleich die Gemeinheit durch ein ausdrückliches Privilegium das ius statuendi erhalten haben sollte [95]). Denn es läßt sich mit Vernunft nicht annehmen, daß der Landesherr durch ein solches Privilegium sich seiner gesetzgebenden Macht, als des höchsten Majestätsrechts, habe entäussern; und eine ganze Gemeinde von dem Gehorsam gegen landesherrliche Befehle dispensiren, oder die Befolgung seiner Gesetze ihrer

94) Schnaubert's Beyträge zum T. Staats und Fürstenrechte. 1. Th. N. V. §. 3.

95) Weber's Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des röm. Rechts. §. 25. S. 88. und folgg.

rer Willkühr überlassen wollen [96]). Sind jedoch vorhandene Gesetze nicht schlechterdings gebietend oder verbietend, sondern nur hypothetisch, so kann einer Gemeinheit das Recht, durch Verträge etwas von denselben abweichendes festzusetzen, um so weniger versagt werden, als diese Befugniß sogar einzelnen Bürgern des Staats zusteht. Da jedoch Verträge eigentlich und in der Regel nur die Paciscenten verbinden, die sie schliessen, aber keinen Dritten, so folgt hieraus,

3) daß durch die Statuten, welche nichts anders als Verträge sind, Niemand als die Mitglieder der Gemeinheit, welche dieselben errichtet, oder doch in dieselben gewilliget haben, verbunden werden. Sie erstrecken also ihre Verbindlichkeit nicht auf diejenigen, welche keine Gemeindeglieder sind; es wäre denn, daß durch einen Gemeindeschluß solche Rechte und Verbindlichkeiten wären festgesetzt worden, welche blos Grundstücke betreffen; z. B. wenn vermöge eines solchen Gesellschaftsvertrags die Kosten zur Bestreitung der Gemeindeausgaben unter dem Namen, Anlagen, auf die Häuser und Grundstücke in der Gemeinde ausgeschlagen worden; so müssen sich solche Lasten auch Fremde gefallen lassen, welche dergleichen Güter, auf denen sie haften, acquiriren [97]). Ausserdem wird kein

96) Mit Recht sagt *I. H.* BOEHMER Introduct. in ius publicum univers. pag. 401. der gleiche Meinung hegt: *potestas talis concessa semper intelligitur* SALVO IURE IMPERANTIS, *cui est subordinata.* Man sehe auch von Cramer wetzlarische Nebenstunden Th. VII. S. 114. f. und Strubens rechtliche Bedenken 4 Th. Bed. 62.

97) Eben so, wie sich jeder Nachfolger und Besitzer eines veräußerten Grundstücks das Pfandrecht, oder die Servitut gefallen

auch nach dem ſtatutariſchen Recht ſeines Wohnorts ſein Vermögen, wegen begangenen Delicts, verwirkt haben ſollte [16]); auch wenn ſtatuta domicilii die Clauſel enthielten: die Güter mögen liegen, wo ſie wollen, ſo ſind ſie dennoch auſſer Landes ohne Wirkung, und kann hierdurch den Statuten des Orts, wo dieſe Güter liegen, nicht derogiret werden [17]). Allein wenn ſolche Realſtatuten von der Obrigkeit desjenigen Landes, ihre legale Auctorität erhalten haben, wo die Güter, welche ſie betreffen, liegen, ſo müſſen auch Auswärtige (forenſes), denen dieſe Güter zugehören, ſich nach denſelben richten; inſofern von deren Erwerbung, Veräuſſerung, Verpfändung, Freiheit oder Beläſtigung u. dgl. die Rede iſt [18]). Endlich

III)

16) RICCIUS a. a. O. II. Buch. 16. Hauptſt. §. IX. S. 553.

17) RICCIUS a. a. O. §. VII. S. 551. Wären freylich in loco rei ſitae keine entgegenſtehenden Statuten vorhanden, ſo würden ſich ohne Zweifel die ſtatuta domicilii realia auch auf die auſſer Landes gelegenen Güter der Einwohner erſtrecken. Z. B. wenn nach den Statuten des Wohnorts eine allgemeine Gütergemeinſchaft unter den Ehegatten eingeführt iſt, ſo erſtreckt ſich dieſe auch auf die auſſer Landes gelegenen Güter derſelben. S. *Ge. Lud.* BOEHMER Diſſ. de iuribus et obligationibus coniugis ſuperſtitis ex communione bonor. univerſali. §. 10. HOFACKER T. I. §. 143.

18) *Henr.* HILDEBRAND Diſp. de obligatione forenſium ex iure ſtatutario. Altdorf. 1698. *Io. Frid.* KAYSER Diſquiſ. de obligatione et valore ſtatuti intuitu forenſium. Gieſſae 1746. (Der Autor hat den Titel dieſer Schrift unrichtig angegeben) und beſonders *Chriſt. Th.* BOEHMER Diſſ. de efficacia ſtatutorum in res extra territorium ſitas, praeſ. *Car. Chriſtoph.* HOFACKER. Tubingae 1778.

III) wenn die Statuten eines Orts den rechtlichen Geschäften eine gewisse Form vorschreiben, dergleichen man *statuta mixta* zu nennen pflegt, oder sonst eine Handlung für erlaubt und gültig erklären, so gelten selbige in sofern auch ausser Landes, daß dergleichen Handlungen, die in Gemäßheit derselben an dem Orte vorgenommen worden sind, auch auswärts für gültig und rechtsbeständig angesehen werden müssen, in soweit ihnen nämlich an dem Orte, wo die Güter liegen, über welche dadurch zugleich disponirt worden ist, kein solches Gesetz entgegen stehet, mit welchem die getroffene Disposition durchaus nicht bestehen kann [19].

§. 93.

Von der Aufhebung positiver Gesetze.

Positive Gesetze können auf mancherley Art, und aus verschiedenen Ursachen ihre Kraft verliehren. Hiervon muß nun noch kürzlich gehandelt werden.

I) Kann der Gesetzgeber selbst entweder ausdrücklich oder stillschweigend erklären, daß das Gesetz nicht mehr gelten soll. Denn von seinem Willen hängt die Gültigkeit desselben ab; und wenn auch dem Gesetz die Clausel: daß es auf immer gelten, und nie wieder geändert oder gar aufgehoben werden solle, wäre angehängt worden [20]; so kann doch dadurch die Macht

19) RICCIUS a. a. O. 2. Buch. 15. Kap. §. 2. Pütter auserlesene Rechtsfälle. 3. Bandes 1 Th. S. 80. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 143. pag. 115.

20) Wir finden auch in verschiedenen römischen Gesetzen dergleichen Clausel. Z. B. in der *L. 6. C. de nec. nupt.* Hac

Macht des Gesetzgebers im mindesten nicht eingeschränkt werden, insofern er nicht etwa vermittelst eines Vertrages solches versprochen hätte [21]). Der Gesetzgeber hebt nun entweder das ganze Gesetz schlechthin auf, dies heißt in der Sprache der Gesetze, *lex abrogatur*; oder er verordnet etwas anders, das einem vorhergehenden Gesetz gerade entgegen ist, — *legi obrogatur*; oder es wird ein vorhergehendes Gesetz durch ein nachher erfolgtes neues Gesetz nur in einem gewissen Puncte abgeändert, — *legi derogatur* seu *exrogatur*; oder es wird einem Gesetze noch etwas neues hinzugefügt, und solches mit einem neuen Anhang vermehrt, — *legi subrogatur* [22]). Wenn nun gleich der Regel nach das neuere Gesetz das ältere aufhebt [23]), so leidet doch diese Regel alsdann unstreitig eine Ausnahme, wenn das ältere Gesetz ein besonderes Gesetz, Statut, oder Privilegium ist [24]); weil im

edictali Lege in perpetuum valitura sancimus etc. Unter den teutschen Reichsgesetzen giebt uns die güldene Bulle ein Beyspiel. Eine solche Clausel ist immer unter der Bedingung: rebus sic stantibus, zu verstehen. S. Mosers Betrachtungen über K. Josephs II. Wahlcapitulation Art. 2. §. 4. Not. 9.

21) S. *Iv. Nic.* HERTII Diss. de lege, clausula, ut ne abrogari unquam possit, munita. in *Opusc.* Vol. I. Tom. 3. pag. 1 — 23. und GERSTLACHER Corp. iur. germ. T. I. pag. 58.

22) ULPIANUS *Fragm.* Tit. I. §. 3. bey SCHULTING in Iurispr. Antejust. pag. 563. *L.* 102. *D. de V. S.*

23) *L. fin. D. de constitut. Princip.*

24) Richtig sagt BORNMER Introd. in ius Digestor. Tit. de Iust. et Iure §. 6. n. 4. *Leges posteriores* GENERALES *non semper mutare illa, quae antea* IURE SPECIALI *disposita, sed inde* ex-

im Zweifel nie zu vermuthen, daß der Gesetzgeber jene besondere Verordnung habe aufheben wollen, wenn er solches nicht deutlich erkläret hat [25]). Es wird also in diesem Falle die neuere gemeine, und die ältere besondere Verordnung nach eben dem Verhältnisse, wie Regel und Ausnahme, zu beurtheilen seyn. (S. 415.)

Auch durch den stillschweigenden Willen des Gesetzgebers kann ein Gesetz seine Gültigkeit verlieren, indem derselbe eine dem Gesetz entgegenstehende Gewohnheit aufkommen lässet. Daß durch ein Gewohnheitsrecht ein älteres Gesetz aufgehoben werden könne, hat überhaupt keinen Zweifel, denn eine legale Gewohnheit hat mit einem geschriebenen Gesetz gleiche Kraft und Wirkung. (S. 492.) So gut als durch ein neues geschriebenes Gesetz ein älteres aufgehoben werden kann, eben so gut

exceptionem capere. Eben dieses erläutert **Papinian** *L.* 41. *D. de poenis* durch ein sehr treffendes Beyspiel, und gründet sich dabey auf die Regel der *L.* 80. *D. de R. I.* In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est; welche *I. B.* **d'Antoine** in dem eleganten, nur wenigen bekannten, Werk: Les Regales du Droit civil, traduites en francois avec des explications et de commentaire sur chaque regle *a Lion* 1710. auf folgende Art ganz richtig übersetzt: *c'est une maxime generale en Droit, que l'espece deroge au genre, d'ou il arrive, que les dispositions speciales font des restrictions et des exceptions aux generales.* Man sehe übrigens *Lud. God.* **Madihn** Opusc I. vicissit. substit. exemplar. eiusq. veram indol. continens. (*Halae* 1775. 4.) §. 15. und **Hartleben** Spec. X. medit. 10.

25) *Cap.* 1. *de constitut. in 6to.*

kann dies auch durch eine Gewohnheit geschehen. Es bestätigen dieses auch deutliche Gesetzstellen [26]), und nie würde wohl deshalb ein Zweifel entstanden seyn, wenn nicht die Mißdeutung eines gewissen Gesetzes im Justinianeischen Codex eine Veranlassung dazu gegeben hätte. Es ist die *L.* 2. *C. quae sit: longa consuet.* welche folgendergestalt lautet:

Imp. CONTANTINUS A. ad *Proculum.*

Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.

Ich will mich nicht auf die verschiedenen Erklärungen der Rechtsgelehrten einlassen, sondern meine Leser deshalb auf die unten angezeigten Schriften verweisen [27]). So viel ist aber gewiß, daß jenes Gesetz unserer obigen Behauptung keinesweges zuwider sey. Die L. 2. ist ein kaiserliches Rescript, also auf eine ergangene Anfrage, ohne Zweifel eben desjenigen Proculus, erlassen

26) §. 11. *I. de iur. nat. gent. et civ. L.* 32. §. 1. *D. de LL.*

27) S. *Gregor.* LOPES MADERA Animadverſ. iur. civ. cap. 5. *Ludov.* VITALIS variar. lection. Lib. II. c. 28. *Pet.* FABER Semeſtr. Lib. III. c. 22. DONELLUS Commentar. iur. civ. lib. I. c. 10. *M.* LYCKLAMA à NYHOLT Membranar. Lib. I. Eclog. 11. NOODT Comm. ad Digeſta h. t. T. II. Opp. p. 16. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. c. 1. *Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. Lib. I. pag 215. *Fr. Car.* GONRADI Diſſ. de conſuetudine legem haud vincente. Helmſt. 1745. *Henr. God.* BAUER Diſſ. de conciliatione L 32. D. de LL. et L. 2. C. quae ſit longa conſuet. Lipſ. 1761. und AYRER Progr. de conſuetudine legem vincente. Goett. 1764.

lassen worden, an welchen das Rescript gerichtet ist. Man muthmasset, dieser **Proculus**, Proconsul Africae, auch wohl vielleicht selbst noch Heyde, habe bey der Gelegenheit, da er vom K. **Constantin** einige mandata erhalten, worin derselbe manches in der alten Religion der Römer reformirt, und das Volk sich auf altes Herkommen und Gebrauch berufen, deshalb Bericht an den Kaiser erstattet, vielleicht in dem Tone, in welchem **Symmachus**, auch zu Gunsten der heidnischen Religion, an die Kaiser **Valentinian, Theodosius** und **Arcadius** schrieb [28]). Ist dieses richtig, so war hier gar nicht die Frage, ob ein älteres Gesetz durch eine neuere rechtliche Gewohnheit aufgehoben werden könne? sondern von dem umgekehrten Falle die Rede. Der Sinn des Rescripts ist also vielmehr dieser; wenn gleich sonst eine alte Gewohnheit ein nicht geringes Ansehen behauptet, so ist doch dieselbe nicht von solchem Gewichte, daß sie gegen die Vernunft, und die gesetzliche Sanction etwas gelten könne, wodurch jene Gewohnheit, als vernunftwidrig, ist aufgehoben worden [29]).

28) *Lib. X. Ep. 61.* Dieß ist die Muthmassung des *Ger.* NOODT. in Commentar. ad Pandect. h. t. welche auch HEINECCIUS in Pandect. h. t. §. 105 not. annimmt; und schon vorher *Inc.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de longa Consuet. behauptet hatte.

29) S. AVERANIUS c. l. KEMMERICH de probat. Consuetud. Sect. I. §. XIII. not. c. und Höpfner im Commentar über die Institutionen § 58. am Ende. Viele Rechtsgelehrten glauben indessen, daß die *L. 2. C. quae sit longa consuet.* der L. 32. D. h. t.

II) Zuweilen können positive Gesetze selbst aus Nothwendigkeit ihre Gültigkeit verlieren, wenn nämlich die Umstände sich gänzlich geändert haben, unter welchen ein gewisses Gesetz gegeben worden ist, so daß es von Rechtswegen keine Anwendung mehr finden kann [30]). Denn so gewiß es ist, daß das System eines Staates und die Sitten eines Volks auf die Gesetzgebung selbst einen wichtigen Einfluß haben, so gewiß ist es auch, daß die Veränderungen des Staatssystems und der Sitten eine Veränderung der Gesetze nach sich ziehen müssen [31]). Gesetze können daher nicht mehr gelten

1) wenn

D. h. c. derogire, und legen ihr den Sinn bey, daß in einer Monarchie geschriebene Gesetze durch Gewohnheiten nicht aufgehoben werden können. S. VOET h. t. §. 37. COCCEII in iure civ. controv. h. t. Qu. 14. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Eundem.* not. h. In den Preußischen Staaten ist dieser Grundsatz allerdings festgestellt, daß schon vorhandene Gesetze durch Gewohnheiten nicht wieder aufgehoben werden können. S. Gesetzbuch für die Preuß. Staaten Einl. §. 64.

30) Joh. Heinr. Eberhards Abhandlung von der Clausula rebus sic stantibus, und besonders von deren Anwendung auf die teutschen Reichsgesetze; in desselben Beyträgen zur Erläuterung der teutschen Rechte. 1. Th. N. 1. VOORDA Interpret. et Emendat. Lib. I. c. 1.

31) Vortreflich philosophirt hierüber Sextus Caecilius bey GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XX. c. 1. — *Non profecto ignoras*, so sagt dieser röm. Jurist, *legum opportunitates, et medelas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum praesentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti: neque uno statu consistere, quin, ut facies coeli ac maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus, varientur.* Man vergleiche hier auch *Ge. Steph.* WIESAND Diss. de causis, vim et auctoritatem legum minuentibus. *Vitemb.* 1778.

1) wenn der Gegenstand, nämlich die Personen oder Sachen, von denen dieselben reden, jetzt nicht mehr vorhanden sind; oder

2) diejenige wesentliche Eigenschaft der Person oder Sache, von welcher das Gesetz redet, und worauf die Sanction desselben, als ihrem Hauptgrunde, beruhet, verändert worden ist. Gleichwie denn auch

3) keinem Zweifel unterworfen, daß wenn der Hauptzweck eines Gesetzes aufhört, nothwendig auch dessen Verbindlichkeit ein Ende haben müsse. Auf den Nebenzweck, ohne welchen die Gültigkeit des Gesetzes doch bestehen kann, darf also keine Rücksicht genommen werden. Ueberhaupt ist zu bemerken: wenn und inso ferne auch bey veränderten Umständen das Gesetz doch noch angewendet werden kann, so bleibt es insofern gültig [38]). Man vergleiche hierbey, was oben in dem Tit. *de origine iuris* §. 58. von dem heutigen Gebrauche des römischen Rechts gesagt worden ist; die daselbst angeführten Beyspiele können auch hier zur Erläuterung dienen.

Zuletzt bemerkt unser Autor noch, daß durch den bloßen Nichtgebrauch ein Gesetz seine Kraft und Gültigkeit keinesweges verliehre. Dieß hat insofern allerdings seine Richtigkeit, als bis jetzt noch keine Gelegenheit gewesen ist, das Gesetz zur Anwendung zu bringen. Gesetzt also, daß auch in hundert und mehrern Jahren kein solcher Fall vorgekommen, wovon das Gesetz redet, so kann dieß der Gültigkeit des Gesetzes nichts benehmen, weil es seine

38) HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 88.

verbindliche Kraft durch die Promulgation, nicht aber durch die Beobachtung erhält [33]). Wäre jedoch bey vorkommenden Fällen ein gewisses Gesetz schon lange nicht mehr in den Gerichten befolget worden, da doch genugsame Gelegenheit zur Anwendung desselben vorhanden gewesen, und der Gesetzgeber hätte diesen Nichtgebrauch geschehen lassen, ohne auf die Beobachtung des Gesetzes zu dringen, so kann durch eine solche Entwöhnung ein Gesetz allerdings aufgehoben werden, nur muß freylich der usus fori contrarius so beschaffen seyn, daß daraus eine legale Gewohnheit entstehen kann, und insonderheit die specielle Einwilligung des Gesetzgebers erwiesen werden können. Unter dieser Voraussetzung können auch sogar Strafgesetze per desuetudinem ihre Gültigkeit verlieren [34]). Ist nur in ausergerichtlichen Fällen kein Gebrauch von einem Gesetz gemacht worden, so kommt es darauf an, ob dasselbe ein bloses Permissiv-Gesetz ist, und daher nur darum kein Gebrauch davon gemacht worden, weil die Unterthanen in vorkommenden Fällen sich ihres rechtlichen Faveurs begeben haben, welchen das Gesetz ihnen angedeihen läßt; oder es ist von einem gebietenden oder verbietenden Zwangsgesetz die Rede. Im ersten Falle kann durch einen solchen willkührlichen Nichtgebrauch ein Gesetz darum nicht aufgehoben werden, weil jeder Unterthan sich seiner Rechte nur bloß insofern, als sie zu seinem Vortheil eingeführt sind, begeben, einem Dritten aber dadurch nicht präjudiciren kann. Im letztern Falle hingegen findet eine Derogation

33) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 21. *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decis. Q. I. Resp. I. pag. 80.

34) §. 7. *I. de iniuriis.*

gation statt, nur müssen die actus civium contrarii so geeigenschaftet seyn, daß dadurch eine legale Gewohnheit begründet werden kann. Daß der Nichtgebrauch des Gesetzes durch gerichtliche Erkenntnisse in contradictorio müsse bestätiget worden seyn, wie Leyser [35]) und mit ihm die Gebrüder Becmann [36]) dafür halten wollen, ist nicht immer erforderlich, sondern nur dann nöthig, wenn die Dispositition des Gesetzes so beschaffen ist, daß die Anwendung desselben gerichtliche Handlungen schlechterdings voraussetzt [37]). Man setze z. B. das Gesetz erfordere eine gerichtliche Bestätigung der Ehepacten, es wären aber mehrmalen sowohl unter Bürgern als Bauern Ehepacten ohne gerichtliche Confirmation geschlossen, jedoch darum nie anullirt worden, weil es nicht zum Proceß gekommen, so kann daraus kein observantia contraria hergeleitet werden.

35) Meditat. ad Pandect. Spec. IX. med. 10.

36) Consil. et Decis. P. II. Dec. 48. n. 5. pag. 40.

37) HARTLEBEN Medikat. ad. Pandect. Spec. XI. med. 14. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 139. und besonders MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Obs. 37.

Lib. I. T. IV.

De Conſtitutionibus Principum.

§. 94. u. 95.

Entwickelung der römiſchen und heutigen Begriffe von Conſtitutionen der Regenten.

Unter den ſo verſchiedenen Geſetzgattungen der Römer zeichnet ſich nun vorzüglich durch Reichhaltigkeit an Rechtsprincipien, welche durch dieſelben eingeführt worden ſind, diejenige aus, welche uns unter dem Namen *Conſtitutiones Principum* die Fragmente dieſes Titels kennen lernen [38]). Die Römer legten dieſen Namen denjenigen Verordnungen bey, welche die römiſchen Kaiſer, als Oberhäupter des römiſchen Staats, vermöge der ihnen durch die Legem regiam übertragenen höchſten Staatsgewalt [39]), publi-

38) *Io.* STRAUCH Diſſ. de ſtatutis a ſummo principe. Inter *Diſſertat. academ.* n. 3. *Marq.* FREHER Orat. de conſtitutionum imperialium inter caeteras iuris civ. partes excellentia. Frfti 1672. *Ulr.* HUBER oder *Andr.* BRUCE de Conſtitutionib. Principum. Franeq. 1683.

39) Aus eben dieſer Quelle leitet auch Ulpian *L.* 1. *D. h. t.* die Gültigkeit der kaiſerlichen Verordnungen her. *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum* LEGE REGIA, *quae de imperio eius lata eſt, populus ei et in eum omne ſuum imperium et poteſtatem conferat.* Es iſt jedoch bekannt, daß die Urtheile der Gelehrten über die lex regia ſehr verſchieden ſind. S. GRONOVIUS in Orat. de lege regia. Lugd. 1675. 8. SCHOCK Tr. de quadruplici lege regia. Frfti 1668. 8. *Leop.* METASTASIUS de lege regia ſeu tabula aenea capitolina, notis, anim-

publicirten, und welche bloß durch den Willen derselben, ohne besondere Beystimmung des Senats und Volks, ihre Unterthanen, als Gesetze, verbanden [40]). Solche Verordnungen publicirten nun die Kaiser entweder aus eigener Bewegung, oder auf das Verlangen ihrer Unterthanen; zur erstern Classe gehörten die kaiserlichen Edicte und Mandate; zur letztern aber die kaiserlichen Rescripte und Decrete.

Edicte wurden die allgemeinen kaiserlichen Verordnungen genennt, welche entweder alle Unterthanen des ganzen römischen Reichs, oder einen Theil derselben z. B. eine ganze Provinz angiengen [41]). Enthielten dieselben die Entscheidung

animadversionibus, et variis quaestionibus illustrata. Romae 1757. 4. *Perr. van* SPAN Spec. hist. iurid. de SCto de imperio Vespasiani apud Gruterum. T. II. p. 242. spurio. Lugd. Batavor. 1768. HUBER Digress. Iustin. Lib. I. c. 31. WESTENBERG in Div. Marco. Diss. II. c. 1. *van* WACHENDORF. Diss. de principe LL. soluto Cap. II. *Christ.* Dan. BECK Diatr. de Lege regia Romanor. Lipsiae 1780. Eine Untersuchung über die lex regia findet man auch in Thom. Bevers Geschichte des röm. Staats und des röm. Rechts, 3. Buch. 6. Kap. wo zugleich D. Völkel in den Anmerkungen S. 264—272. nachzusehen ist.

40) *L.* 2. §. 11. u. 12. *D. de Orig. iuris.*

41) Diese werden daher auch *Leges edictales perpetuae*, oder *in perpetuum valituras* genennt. *L.* 6. *C. de sec. nupt. L.* 6. *C. de div. rescript.* Zwar wollen verschiedene Rechtsgelehrte behaupten, als ob die Edicte ehemals, falls sie die Kraft allgemeiner Gesetze haben sollten, durch ein Senatusconsultum hätten bestätiget werden müssen. S. FABER Semestr. Lib. I. c. 25. BACH hist. Iurisp. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. IV. §. 6. u. a. m. Allein

scheidung einer streitigen Rechtsmeinung, so hiessen sie Decisionen; z. B. die 50 Decisionen des K. Justinians. Enthielten sie aber sonst ein neues Recht, so wurden sie im eigentlichen Verstande Edicte genennt.

Mandate waren kaiserliche Instructionen für Staatsbediente, besonders für die Gouverneurs der Provinzen, nach welchen sie ihr Amt verwalten mußten [42].

Rescripte hiessen kaiserliche Antwortschreiben, welche auf die eingereichten Bittschriften, oder geschehene Anfragen und erstatteten Berichte solcher Unterthanen ergiengen, die sich in einem zweifelhaften Rechtsfalle, oder in einem andern Anliegen an den Monarchen gewendet hatten [43]. In solchen Rescripten entschieden die Kaiser die ihnen vorgetragenen Rechtsfragen insgemein nach den schon vorhandenen Gesetzen, welche sie nur erklärten und bestätigten. Man suche also darin nicht ohne hinlänglichen Grund eine correctorische Verordnung [44]. Diese Rescripte waren nun von dreyerley Art. 1) Solche, welche auf die Suppliken einzelner

Allein diese irrige Meinung hat Hr. Dir. Zepernick in Diatr. de iudicat. centumviral. §. XXII. not. i. hinter *Siccama* de iudic. centumvir. pag. 402. gründlich widerlegt.

42) *L.* 6. §. 3. *fin. D. de offic. Proconf. L.* 19. *pr. D. offic. Praef. Tit. Cod. de mandat. princip. Nov.* 17. S. *Car. Ens.* VIZZANIUS de mandatis Principum. *Amstelod.* 1657. 4.

43) SCHULTING Orat. pro Rescriptis Imp. Rom. (in *Comment. Academ.* Halae edit. Vol. I. Diff. III. pag. 163. seqq.) und *Dav. Capel.* HUNTHUM Diff. de Rescriptis Princip. Rom. Leidae 1709. (in OELRICHS *Thes. Diff. Belgicar.* Vol. II. T. III. pag. 307. seqq.)

44) PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 14. pag. 108.

zelner Privatperſonen erlaſſen wurden; dieſe hießen Reſcripte im engern Verſtande. Schrieben die Kaiſer gleich ſelbſt und mit eigner Hand die Reſolution unter die Supplik, ſo wurden ſelbige *Adnotationes* oder *Subnotationes* [46]) genennt; andere hingegen, welche nur von dem kaiſerlichen Cabinetsſecretair (Promagiſter, Quaeſtor, Magiſter Scriniorum) ausgefertiget und unterſchrieben wurden, hießen *reſcripta ſimplicia* [46]). 2) Solche, die an Magiſtrats-

45) Die Kaiſer ſelbſt brauchen ſehr häufig die Ausdrücke adnotatio manus noſtrae *L.* 14. *C. Th. de curſu publ. L.* 52. *C. Th. de Haereticis. Nov. Valentiniani III. de homicidiis* beym RITTER T. VI. Cod. Theod. pag. 107. ferner adnotationis noſtrae decretum. *L.* 1. *Cod. Iuſt. de precib. Imp. offerend.* Adnotatio ſacra *L.* 41. *C. Th. de oper. public.* Auch kommen die Ausdrücke vor: dextra triumphalis *L. penult. C. Theod. de annon. Civic. L.* 13. *C. Iuſt. de Murileg.* dextra principalis, *L.* 21. 22. u. 23. *C. Th. de diverſ. offic.* Man vergleiche *Iac.* GOTHOFREDUS ad LL. 27. et 28. C. Th. de petition. (Tom. III. pag. 481. nach der Ritterſchen Ausgabe.) *Ioach. von* DALE Diſſ. de Subſcriptionib. Princip. Ienae rec. 1750. beſonders aber *Ant.* ZIRARDINUS ad Impp. Theodoſii Iun. et Valentiniani III. Novellas leges pag. 236. ſeqq. vorzüglich pag. 241. u. 487. Die Kaiſer bedienten ſich zu ihrer Adnotation einer purpurrothen Dinte, welche in den Geſetzen derſelben *ſacrum encauſtum* genennet wird. *L.* 6. *C. Iuſt. de div. Reſcript.* In der Folge haben jedoch die Kaiſer ſelten mehr ſelbſt ſubnotirt, ſondern das ganze Geſchäft ihren magiſtris libellorum überlaſſen, wozu ſie immer die berühmteſten Rechtsgelehrten anſtellten. Man ſehe hier vorzüglich PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib II. cap. 4. p. 34.

46) So werden in der *L.* 27. *Cod. Theod. de petition.* und *Novell. Valentin. de homicidiis* ausdrücklich Adnotationes und Reſcripta ſimplicia unterſchieden. S. *Iac.* GO-

THO-

gistratspersonen auf deren erstattete Berichte erglengen; diese wurden *Epistolae* [47]) genennt. Endlich 3) solche Rescripte, welche auf die Vorstellung einer ganzen Gemeinheit, einer Provinz, oder Stadt, oder eines andern Collegiums in einer öffentlichen Angelegenheit erglengen; diese wurden *Sanctiones* oder *Iussiones pragmaticae* [48]) genennt.

Kaiserliche Decrete [49]) waren Urtheilssprüche und Entscheidungen streitiger Rechtshändel, welche die Kaiser in ihrem Tribunal (*Auditorium Principis*) [50]) nach vorhergegangener Unter-

THOFREDUS *ad d. L.* 27. und *Ian. a* COSTA ad Decretales pag. 26.

47) *L.* 13. §. 5. *D. de iure fisci. L.* 6. §. 3. *de off. Proconf.*

48) *L.* 7. *C. de diverf. reſcript. iunct. L.* 15. *C. de proxim. ſacr. ſcrin.* Ein Beyspiel findet sich in der *L.* 4. §. 5. *D. de offic. proconf.* Der Name kommt her von dem griechischen Wort πράγμα, welches so viel als eine öffentliche Angelegenheit, eine Staatssache heißt. CICERO ad Attic. lib. 14. ep. 3. S. BOEHMER Diff. de ſanction. pragmat. indole. (*Exerc. ad Dig. T. I.*)

49) THEOPHILUS in Paraphr. Inſtitut. graeca ad §. 6. d. I N. G. et C. ſagt: DECRETUM *eſt ſententia Principis inter duas partes, de quarum ipſe cauſa cognoſcit, et iudicat, pronuntiata.* Bisweilen wird jedoch das Wort DECRETUM *Principis* im weitläuftigern Verstande für eine jede kaiserliche Verordnung genommen. *L.* 7. *pr. D. de I. et I. L.* 28. §. 2. *D. Ex quib. cauſ. maior.* S. NOODT de pact. et Transact. Cap. XIX. ZEPERNICK de iudicat. Centumviral. §. XIX. beym SICCAMA pag. 378. ſeq.

50) So hieß der Ort, wo die an den Kaiser gebrachte Rechtssachen vorgenommen und entschieden wurden. *L.* 22. *pr. D. ad SCt. Trebell. L.* 18. §. 1. *D. de minorib. L.* 54. *D. de*

re

Untersuchung [51]), und desfalls gemeinschaftlich mit ihren Gerichtsräthen und Beysitzern gepflogenen Erwägung in solchen Sachen publicirten, die entweder per modum appellationis, oder in der ersten Instanz an den Kaiser wären gebracht worden [52]). War der Proceß zum Endurtheil noch nicht

re iudic. L. 1. §. fin. D. ne de statu defunctor. L. 40. 44. 48. *C. Th. de appellat.* (Lib. XI. Tit. 30.) *L. 3. 4. 5. eod. de reparat.* (XI. 31.) Von diesem war das *Consistorium Principis*, der geheime Rath, oder Cabinetsrath der Kaiser verschieden, in welchem blos Staatsgeschäfte abgehandelt wurden. Man vergleiche die schöne und gelehrte Schrift des Hrn. D. *Christ. Gottl.* HAUBOLD de Consistorio Principum. *Lipsiae* 1788. Cap. III.

51) Dies erläutern die Worte Justinians: L. 12. *pr. C. de Legibus:* Si imperialis Maiestas causam cognitionaliter examinarit, et utrisque partibus cominus constitutis sententiam dixerit.

52) Lehrreiche Beyspiele von solchen kaiserlichen Decreten liefern uns die Fragmente, welche aus des IULII PAULI *libris Decretorum seu sententiarum in imperialibus cognitionibus prolatarum* in unsere Pandecten gekommen, und von *Abr.* WIELING in Iurisprud. Restitut. pag. 159. seqq. vollständig angeführt worden sind. Sie enthalten die Entscheidungen und Urtheilssprüche der Kaiser SEPTIMII SEVERI und ANTONINI CARACALLAE, in deren Tribunal Paulus selbst nebst andern sehr berühmten Rechtsgelehrten der damaligen Zeit Beysitzer war. S. *Ev.* OTTO in Papiniano Cap. XII. §. 1. pag. 364. und Cap. XIV. §. 5. pag. 517. Man sehe z. B. L. 38. *D. de minorib.* L. 6. *D. quod cum eo, qui in aliena potest.* L. 92. *D. de hered. instit.* u. L. 240. *D. de Verb. Signif.* welche zugleich einen Beweis geben, wie sehr oft selbst im kaiserlichen Tribunal über die Entscheidung streitiger Fälle disputiret worden ist, und wie freymüthig Paulus den Kaisern selbst ins

Gesicht

nicht reif, sondern kam es noch auf weitere Erörterung eines Punctes an, wovon die Entscheidung der Hauptsache abhieng, oder war sonst nur ein Nebenpunct des obschwebenden Rechtsstreits durch das kaiserliche Erkenntniß decidiret worden, so hieß ein solches Decret nur *Interlocutio Principis* [53]). Durch diese Begriffe erhalten nun die Worte Ulpians [54]) ihr Licht, wenn dieser sagt: *Quodcunque igitur Imperator per* EPISTOLAM *et* SUBSCRIPTIONEM *statuit, vel cognoscens* DECREVIT, *vel de plano* INTERLOCUTUS *est, vel* EDICTO *praecepit: legem esse constat. Hae sunt, quae vulgo* CONSTITUTIONES *appellamus.* Zuletzt muß ich noch einer Eintheilung der kaiserlichen Verordnungen gedenken, deren Ulpian [55]) in folgenden Worten Erwähnung thut: *Plane ex his quaedam sunt* PERSONALES, *nec ad exemplum trahuntur. Nam quod Princeps alicui ob merita indulsit, vel si quam poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit: personam non egreditur.* Diesem zu Folge waren also die Constitutiones Principum entweder *generales* oder *speciales s. personales* [56]). Erstere wurden diejenigen genennt, welche eine gemeine Regel für alle Unterthanen enthielten;

Gesicht widersprochen haben. S. ZEPERNICK Diatr. cit. §. XVI. beym SICCAMA pag. 365.

53) L. 1. §. 1. *D. h. t.* — de plano interlocutus est. KUBER Praelect. ad Institut. Lib. I. Tit. 2. §. 9. hat sich ganz unrichtige Begriffe von kaiserlichen Decreten und Interlocutionen gemacht, welchen *Ioh. Casp.* HERMBURG Progr. II. de Interlocutionibus Principum occas. L. 1. §. 1. D. de Constitut. Princ. Ienae 1739. gründlich widerlegt.

54) L. 1. §. 1. *D. h. t.*

55) §. 2. *cit.* L. 1. *h. t.*

56) §. 6. *in fin. I. de I. N. G. et Civ.*

ten; letztere hingegen, welche eine Ausnahme von der allgemeinen Vorschrift der Gesetze in Ansehung einzelner Personen machten; es sey nun, daß entweder diese Ausnahme zu Gunsten derselben und auf eine für sie vortheilhafte Weise, *(constitutiones favorabiles)* oder auf eine gehörige Art gemacht worden, indem z. B. eine härtere Strafe in einem Falle dictiret wurde, als die Gesetze sonst in demselben bestimmt hatten *(constitutiones odiosae)* [57]). Aus dem Zusammenhange der ganzen Stelle Ulpians sieht man, daß er die oben gedachten Arten der kaiserlichen Constitutionen und also auch die Rescripta und Decreta Principum zu den generellen Constitutionen rechnet, dieses ließ sich jedoch vor Justinians Zeiten anders nicht annehmen, als wenn die

57) Sehr gut erläutert diese Eintheilung THEOPHILUS Paraphr. Instit. graeca ad §. 6. tit. de I. N. G. et C. — *Atque harum* (sc. Constitutionum) *quaedam sunt* PERSONALES, *neque in exemplum trahi possunt: quia non hoc princeps voluerit: nam si cui Princeps ob egregia in rempublicam merita aliquid concesserit, veluti immunitatem a tributis aut vectigalibus, ac deinde alius quispiam non peius, aut etiam longe melius de Republica mereatur, is ex illa Lege consimilem sibi immunitatem vindicare non poterit: propterea, quod illa Lex intra certam personam consistat. Sed et si cui aut graviorem, quam pro delicto, vel quam Lege cautum est, poenam irrogaverit, aut poenae gratiam fecerit, id ad consequentiam non pertinet. Itaque nec si quis postea in idem delictum inciderit, aut similem gratiam consequetur, aut gravius, quam par est, in eum animadvertet. Quoniam intra personas eorum, quibus subventum est, vel auctum supplicium, ea sistentur. Personales igitur Constitutiones personas eorum, de quibus emissae sunt, non excedunt. Quae autem* GENERALES *sunt, in omnes tum personas, tum res, valent, atque extenduntur.*

die Kaiser ihren Decreten oder Rescripten die clausulam Edicti inserirt hatten [58]), sonst machten sie nur ein Recht unter den Partheyen, wenn sie nicht etwa hernach durch die beständige Anwendung in ähnlichen Fällen die Kraft eines allgemeinen und beständigen Gewohnheitsrechts erhalten hatten [59]). Ich werde hiervon beym folgenden §. 96. noch etwas umständlicher zu handeln, Gelegenheit haben.

Heutiges Tages giebt es nun zwar auch eben so mancherley Gattungen landesherrlicher Verordnungen [60]), als es bey den Römern kaiserliche gab; inzwischen werden doch oft mit den römischen Benennungen ganz andere Begriffe verbunden. Ich werde dieses gleich näher zeigen. Unter einer landesherrlichen Verordnung versteht man heutiges Tages überhaupt nichts anders als die ausdrückliche Verfügung eines Landesherrn, wodurch derselbe in Ansehung seiner Unterthanen etwas festsetzt, was geschehen oder nicht geschehen soll. Eine solche Verordnung soll nun entweder nach der ersten und fürnehmsten Absicht des Landesherrn alle Unterthanen desselben angehen,

58) L. 2. *et* 3. *C. de Legib. et Constitut.* Einen vortreflichen Commentar über diese Stellen findet man in des Hrn. Dir. ZEPERNICK Diatr. de iudicat. centumviral. §. XX. beym SICCAMA pag. 384. seqq.

59) Man vergleiche *Henr.* BRENCKMANN Diatr. de Eurematicis, Cap. VII. Sect. II. §. XI. seqq. pag. 132. *Ger.* NOODT in Diocletiano et Maxim. cap. 2. *Ant.* SCHULTING Orat. pro rescript. Princ. Rom. §. 4. und *van* WACHENDORF in Diatr. de principe legibus soluto. Cap. III. §. 3.

60) S. *Io. Christ.* KOCHII meditat. de constitut. Principum. Ienae 1754.

gehen, oder nicht. Im ersten Falle wird sie eine allgemeine, im zweyten aber eine besondere landesherrliche Verordnung genennt. Die allgemeinen landesherrlichen Verordnungen heißen heutiges Tages überhaupt Edicte, in einigen Ländern aber auch Mandate. Rescripte aber werden h. z. T. nicht nur die auf Veranlassung, z. B. auf vorhergehende Vorstellung eines Supplicanten, oder erstatteten Bericht eines Beamten, sondern auch die aus eigner Bewegung an gewisse Personen erlassene landesherrliche Verordnungen genennt [61]). Oft werden sogar unter Rescripten auch nur solche Schreiben verstanden, welche nach gewissen Curialien von einem Obercollegium an den Unterrichter in bürgerlichen oder peinlichen Justizsachen zu des letztern Nachachtung ergehen; und diese sind entweder blose Schreiben um Berichterstattung (*rescripta informativa*) oder solche, welche auf Justizbeschleunigung abzielen, (*promotoria*) oder solche, wodurch eine Sache wegen Justizverzögerung, oder wegen Verdachts einer Partheylichkeit aufgefordert wird, (*avocatoria*) u. d. m. [62]). Landesherrliche Rescripte aber werden in Gemäßheit des canonischen Rechts in Gnaden- (*rescripta gratiae*) und Justizrescripte (*rescripta iustitiae*) eingetheilt, je nachdem dadurch vom Landesherrn entweder eine Gnade, z. B. eine Versorgung, oder Anwartschaft, oder eine Befreyung, oder sonst dergleichen

61) Dieser heutige Begriff der Rescripte rührt aus dem canonischen Rechte her. Siehe Tit. Decretal. *de Rescriptis* (*Lib. I. T. 3*) und *Cap. 23. de praebend. in 6to.* BOEHMER princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. IV. §. 225.

62) S. D. Just. Claproths Grundsätze von Verfertigung und Abnahme der Rechnungen, von Rescripten, und Berichten ꝛc. Göttingen 1783.

verliehen wird, oder aber in einer ſtreitigen Rechtsſache beſtimmt wird, was nach dem ordentlichen Rechtslauf in derſelben geſchehen ſoll. Der Unterſchied zwiſchen beyden Arten landesherrlicher Reſcripte iſt nach canoniſchen Rechten von groſſer Wichtigkeit. Denn Gnadenreſcripte erhalten ihre Wirkung gleich von dem Tage ihrer Ausfertigung (a tempore *datae*) an; Juſtizreſcripte aber erſt von der Zeit an, da ſie dem Richter vorgezeigt worden ſind (a tempore *inſinuationis*) [63]). Und zwar ſollen letztere nach der Vorſchrift des canoniſchen Rechts längſtens innerhalb eines Jahres von dem Impetranten vorgezeigt werden, nachdem derſelbe Gelegenheit dazu bey dem Richter gehabt hat [64]). Iſt ſolches aus Gefährde oder nur aus Nachläßigkeit unterlaſſen worden, ſo gilt das Reſcript nichts mehr gegen ein neueres, welches der Gegner unterdeſſen ausgewirkt hat. Es verſteht ſich alſo, daß wenn kein gegen-

63) *Cap.* 7. *Cap.* 19. *X. de Reſcript. C.* 9 *c.* 14. *eodem in* 6*to. c.* 7. *de Praebend. in* 6*to. cap.* 59. *X. de Appellat. G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 4. §. 227. *Paul. Joſ. a.* RIEGGER Inſtitut. iuriſprud. eccleſ. P. II. §. 95. und Eibel Einleitung in das kathol. Kirchenrecht. IV. Th. I. B. 2. Hauptſt. §. 256. Eine Ausnahme iſt jedoch in Anſehung ſolcher Gnadenreſcripte zu machen, welche zu ihrer Execution die Mitwirkung des Richters oder einer andern dazu authoriſirten Perſon erfordern. Z. B. reſcripta de providendo, de venia aetatis. u. d. Solche erhalten auch erſt a tempore factae inſinuationis ihre Wirkung. *Cap.* 38. *X. de Reſcript. L.* 5. *C. de tempor. in int. reſtit.* S. BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. 3. §. 23.

64) *Cap.* 9. u. 93. *X. de reſcript. Franc.* FLORENS ad Tit. Decretal. de Reſcript. Tr. 3. Oper. Tom. I. pag 101. Eibel a. a. O. §. 255.

gegenseitiges anderes Rescript erfolgt ist, das erstere auch noch nach einem Jahre seine Gültigkeit behalte [65]).

Die Benennung einer pragmatischen Sanction kommt heutiges Tages im römischen Sinn gar nicht mehr vor; sondern man versteht vielmehr darunter ein schriftlich errichtetes Staatsgrundgesetz [66]). Auch fällt der Unterschied zwischen Adnotationen und blosen Rescripten heut zu Tage von selbst weg. Dagegen aber pflegen die an hohe Landescollegia oder andere Justizbeamte ergehende Rescripte unterweilen Fürstliche Ausschreiben genennt zu werden.

Endlich Decrete können zwar auch noch heutiges Tages in der römischen Bedeutung vorkommen, nur dürfen nicht die Urtheilssprüche der höchsten Justiz-Collegien damit verwechselt werden. Denn zwischen diesen und den Sentenzen oder Entscheidungen des Landesherrn ist ein grosser Unterschied. Was der Landesherr nach geschehener Untersuchung des vorgegangenen Rechtshandels selbst entscheidet, macht nicht blos ein Recht unter den Partheyen, sondern wird auch für ähnliche Fälle ein Gesetz [67]). Allein diese gesetzgebende Gewalt steht selbst den höchsten Justizcollegien im Lande nicht zu [68]). Landesherrliche Decrete

65) L. 2. *Cod. de diverſ. Reſcript.* S. FACHINAEUS Controverſ. iuris Lib. VIII. cap. 65. Jedoch ist die Ausnahme, die L. 2. macht, *ſi modo tempus, in quo allegari vel audiri debent, non ſit comprehenſum*, nicht aus der Acht zu lassen.

66) Man vergleiche BOEHMERI oben angeführte Dissertat. Cap. II.

67) L. *fin. C. de Legib.*

68) S. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum. Vol. I. Obſ. 1. und 2.

müssen also nicht blos im Namen des Landesherrn abgefaßt, sondern von ihm selbst ertheilet, und unterschrieben worden seyn [69]). Indessen pflegen auch heutiges Tages nicht selten unter Decreten landesherrliche Befehle verstanden zu werden, wodurch Jemanden ein öffentliches Amt ertheilt wird.

§. 96.

Von der Verbindungskraft landesherrlicher Edicte, Decrete und Reskripte.

Was haben denn nun aber Edicte, Reskripte und Decrete der Regenten für ein Ansehen? Sind sie ohne Unterschied als allgemeine Gesetze zu betrachten? oder ist nicht wenigstens in Ansehung der Decrete und Reskripte eine Ausnahme zu machen? Man merke hier folgendes. Soviel

I) die landesherrlichen Edicte anbetrift, so sind diese ohnstreitig für alle Unterthanen verbindlich; insofern sie auf die gehörige Art bekannt gemacht worden sind. Der Grund hiervon ist nicht, wie der Autor meint, der, weil sie ein ganz neues Recht enthalten; nein; die Fälle sind ja nicht selten, daß unsere Landesherrn durch ihre Edicte nur schon vorhandene Gesetze bestätigen oder erläutern; sondern der wahre Grund der allgemeinen Verbindungskraft landesherrlicher Edicte liegt in dem Willen des Landesherrn selbst. Denn Edicte werden ja lediglich in dieser Absicht bekannt gemacht, daß sie alle Unterthanen des Gesetzgebers verbinden sollen. Auch nach

69) Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. S. 13.

nach römiſchen Rechten hat dieß ſo wenig Zweifel, daß ſogar Verordnungen, welche ſonſt nur ein Recht unter den Partheyen machten, dadurch das Anſehen allgemeiner Geſetze erhielten, wenn denſelben die clauſula Edicti inſerirt worden [70]). Was aber

II) die *Decreta Principum* anbelangt, ſo haben ſolche bey den Römern nicht immer einerley Wirkung gehabt. Denn vor Juſtinians Zeiten machten dieſelben in der Regel nur ein Recht unter den ſtreitenden Partheyen, wenn nicht die Kaiſer ausdrücklich erklärt hatten, daß ſolche auch in ähnlichen Fällen zur Entſcheidung dienen ſollten. Hieraus läßt ſich erklären, warum die römiſchen Rechtsgelehrten die kaiſerlichen Decrete nur immer illuſtrationis cauſſa und zuletzt anzuführen pflegten, wenn ſie ihren Satz oder Meinung ſchon genugſam durch andere, manchmal ſehr weit und mühſam herbeygeholte Gründe, unterſtützt zu haben glaubten [71]). Ja wir finden Beyſpiele in den Pandecten, daß zuweilen die römiſchen Rechtsgelehrten Meinungen gehegt haben, die den ausdrücklichen kaiſerlichen Decreten entgegen waren, und zwar mit ſolchem Effect, daß man ſelbſt in den Gerichten jene Meinungen den Decreten der Kaiſer vorgezogen hat [72]). Selbſt die römiſchen Kai-

70) L. 3. *C. de Legib. et Conſtit. et Edict.* Leges ut *generales* ab omnibus aequaliter in poſterum obſerventur, quae vel miſſae a nobis ad venerabilem Coetum oratione conduntur, *vel inſerto edicti vocabulo nuncupantur*; ſive eas ſpontaneus motus ingeſſerit, ſive precatio, ſive relatio, vel lis mota legis occaſionem poſtulaverit.

71) L. 2. *D. de offic. Aſſeſſor.* L. 3. §. 5. *D. de liber. exhib.* L. 13. §. *ult. D. de Excuſat.*

72) L. 28. *D. de inoff. teſtam.* L. 1. §. 14. *D. ad Leg. Falcid.*

ſer vor Juſtinian wollten nicht, daß ihre Decrete als allgemeine Geſetze gelten ſollten. Hiervon überzeugt uns die bekannte Verordnung der Kaiſer Theodoſius und Valentinianus [72]), in welcher es heißt: Quae ex relationibus vel ſuggeſtionibus iudicantium, vel *conſultatione* [74]) *in commune florentiſſimorum ſacri noſtri palatii procerum auditorium introducto negotio ſtatuimus*, — nec generalia iura ſint, ſed *leges faciant his duntaxat negotiis atque perſonis, pro quibus fuerint promulgatae* [75]). Gerade daſſelbe müſſen wir

III) aus den nämlichen Gründen auch von den kaiſerlichen Reſcripten vor Juſtinians Zeiten ſagen. Es erhellet dieſes auch vorzüglich aus einer Verordnung der Kaiſer Arcadius und Honorius vom Jahr Chriſti 493 [76]), welche folgender Geſtalt lautet: *Reſcripta ad com-*

73) L. 2. *Cod. de Legib. et Conſtitut. Princip. et Edict.* Man vergleiche hier vorzüglich des H. Dir. ZEPERNICK Diatr. de indicat. centumviral. §. XX. ſeqq.

74) Das Wort *Conſultatio* erklärt *Iac.* GUTHERIUS de Offic. domus Auguſt. Lib. I. c. 28. durch eine kaiſerliche Sentenz, welche nach dem Gutachten der kaiſerlichen Räthe, und nach vorhergegangener Unterſuchung der Sache abgefaßt worden; allein es kann auch darunter das Gutachten der kaiſerlichen Räthe ſelbſt verſtanden werden, wornach das kaiſerliche Decret abgefaſſet zu werden pflegte.

75) Eben dieſes beſtätigen auch die Worte der *L.* 3. *C. de* LL. — *interlocutionibus, quas in uno negotio iudicantes protulimus, vel poſtea proferemus, non in commune praeiudicantibus.*

76) *L.* 9. *Cod. Theod. de diverſ. reſcript.* (Lib. I. Tit. 2.) und *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad eandem. T. I. pag. 25. *edit. Ritteri.*

conſultationem emiſſa vel emittenda in futurum iis tantum negotiis opitulentur, quibus effuſa docebuntur. Daher läßt ſich erklären, warum die Kaiſer ſo oft eben daſſelbe reſcribirt haben [77]). Allein **Juſtinian** hat dieſes geändert, und in der *L.* 12. *Cod. de LL. et Conſtitut.* beyden den **Decreten**, wie den **Reſcripten**, ein allgemeines geſetzliches Anſehen beygelegt. Ich will nur einige Stellen aus dieſer Verordnung **Juſtinians** excerpiren. Gleich Anfangs heißt es: Si imperialis maieſtas cauſam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus conſtitutis ſententiam dixerit: omnes omnino iudices, qui ſub noſtro imperio ſunt, ſciant, hanc eſſe legem non ſolum illi cauſae, pro qua producta eſt, ſed et omnibus ſimilibus. Quid enim maius, quid ſanctius Imperiali eſt maieſtate? vel quis tantae ſuperbiae faſtidio tumidus eſt, ut regalem ſenſum contemnat; cum et veteris iuris conditores conſtitutiones, quae ex imperiali decreto proceſſerunt, legis vim obtinere aperte dilucideque definiant [78])? Hier iſt nun zwar blos die

77) L. 29. *D. ad L. Cornel. de falſ.* *L.* 1. *C. in quib. cauſ. in int. reſtit.* *L.* 2. *C. de hered. tutor.* *L.* 26. *D. de pign. act.* Es iſt merkwürdig, was Kr. ALEXANDER an einen gewiſſen *Superus L.* 1. *C. Iuſt. de div. reſcript.* zu reſcribiren veranlaſſet wurde, daß das Reſcript, welches Supplikant mit ſeinem Bruder in cauſa communi erhalten, auf ſie beyde gehe, wenn es auch gleich nur an einen derſelben gerichtet worden. Eine ſolche Anfrage würde höchſt lächerlich geweſen ſeyn, wenn damalen die kaiſerlichen Reſcripte ſchon an ſich ein gemeines Recht gemacht hätten.

78) Dieſe Worte laſſen ſich mit den oben angeführten Gründen nicht zuſammen reimen. Allein man wundere ſich darüber nicht.

Rede von den kaiſerlichen Decreten, allein daß Juſtinians Intention ſich auch eben ſowohl auf die Reſcripte erſtrecke, ergiebt ſich aus den nachfolgenden Worten. Definimus autem, omnem Imperatorum legum interpretationem, ſive in *precibus*, ſive in iudiciis, ſive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Sollten jedoch Decrete und Reſcripte nach dieſer Verordnung des K. Juſtinians eine allgemeine geſetzliche Verbindungskraft haben, ſo wird nach den ausdrücklichen Worten derſelben erfordert, daß ſelbige eine zweifelhafte und ſtreitige Rechtsfrage entſcheiden müſſen. Denn die eine bloſe quaeſtionem facti entſcheiden, z. B. ob der Beweis für vollführt zu halten, welcher dem Kläger oder dem Beklagten aufgelegt worden? oder ob die ergriffene Appellation für deſert zu erklären? können ihrer Natur nach die Wirkung eines gemeinen Rechts nicht hervorbringen [79]). So weit vom römiſchen Rechte; und ich glaube, durch den eingeſchlagenen Weg der hiſtoriſchen Darſtellung haben wir alle die Schwierigkeiten glücklich vermieden, die andere hierbey gefunden, welche zwiſchen der L. 2. 3. und 12 Cod. de Legibus eine Vereinigung zu treffen gemeinet haben [80]).

Die

Es iſt nichts neues, daß Juſtinian zur Rechtfertigung und Empfehlung ſeiner Rechtsänderungen ſich dergleichen Fictionen erlaubt habe. Beyſpiele haben *Ant.* CONTIUS Lection. ſubceſivar. Lib. I. c. 9. *Hieron. de* OROZ de Apicib. iur. civil. Lib. V. cap. VII. n. 3. 4. ſeqq. und Hr. Dir. REFERNICK a. a. O. §. XXI. pag. 400. geſammlet.

79) S. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum. V. I. Obſ. I. n. 10. 11. ſqq.

80) Man vergleiche *Fr.* BALDUINUS in Iuſtiniano Lib. II. p. 95. (edit. *Gundling.*) Ebenderſelbe in Commentar. ad §. 6. I. de

Die Frage ist nur noch, ob jene Vorschrift des justinianeischen Rechts noch heutiges Tages anwendbar sey? Die Rechtsgelehrten sind deshalb nicht einerley Meinung. Huber [81]) scheint es zu verneinen; allein ohne einen überzeugenden Grund, wie schon Reinharth, der ihn gründlich widerlegt, gezeigt hat [82]). Nur aber ist freylich auch heutiges Tages immer die conditio sine qua non, daß das landesherrliche Rescript oder Decret, welches dem Richter in ähnlichen Fällen zur gesetzlichen Norm dienen soll, eine streitige Rechtsfrage entscheide, oder ein dunkeles und zweifelhaftes Gesetz erkläre, und dabey allen, wo nicht Unterthanen, doch wenigstens Richtern zur Nachachtung gehörig bekannt gemacht worden sey [83]). Fürstliche Machtsprüche hingegen kann man

de I. N. G. et Civ. ad verb. *Decreta*. *Ulr.* HUBERUS Praelect. ad Digest. h. t. §. 5. COCCEJI Iure Controv. h. t. Qu. 1. *Casp.* ZIEGLER in Dicastice Conclus. XXXVI. §. 19. 20. sqq.

81) a. a. O. §. fin. — *Quod eo plus hodiernis moribus habet evidentiae, quo magis constat, his diebus Principes — rebus iudicandis se dedere non solere, vel si his rebus se misceant, fere id eo comparatum esse, ut extra ordinem ignoscant, aut animadvertant, quod ad legis non valere consequentiam, ipsa iuris civilis regula dictat.* Eben dieß behauptet BOEHMER in Iur. Eccl. Prot. lib. I. Tit. 3. §. 22. von den heutigen landesherrlichen Rescripten. Man sehe auch LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. XII. Suppl. I. Spec. VII. medit. 22 et 23.

82) a. a. O. Obs. 2. pag. 3. seq.

83) Eben dieses erfordert auch Ziegler a. a. O. §. 23. pag. 665. am Ende, wo es heißt: *Non alia videtur esse ratio decisionum Principis, quas si legis habere vim debent, omnibus, si non subditis quibuscumque, saltem iudicibus inferioribus intimari*

man auch heutiges Tages so wenig als blose Gnadenrescripte in ähnlichen Fällen zum Muster annehmen [84]). Eben dieses findet statt, wenn der Landesherr, nicht als Gesetzgeber, sondern nur als oberster Richter seines Landes in einer an ihn gebrachten Proceßsache, nach vorhergegangener vollständigen Untersuchung derselben, ein Decret oder Rescript ertheilet hat, welches nach seinem Willen, und nach der Beschaffenheit der Sache, nur ein Recht unter den streitenden Partheyen machen soll [85]). Solche Decrete und Decisiv Rescripte werden alsdann, wie Urtheile angesehen, und können, wie diese, die Rechtskraft beschreiten [86]), dahero derjenigen Parthey, welche damit nicht zufrieden ist, obliegt, binnen zehen Tagen Vorstellung darwider zu thun, und dieserhalb ihre Nothdurft entweder

ri necesse est. Immo vero interest Reip. ut in omnium subditorum perveniant notitiam, cum litem saepe incepturus non sit, cuius ipse exitum sibi decisione principali divinare queat. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ins. civ. contr. h. t. Q. 1. not. w.

84) S. *Mart.* SCHRADER Tr. de sententiis Principum ex plenitudine potestatis latis. Allgemeines Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. Einleitung. §. 6.

85) Richtig sagt daher Ziegler a. a. O. §. 22. *Ubi Princeps non decernit* ANIMO FACIENDAE LEGIS, *sed ita interloquitur, ne ultra negotium, circa quod pronunciat, sententia non excendatur, facile exinde patet, alios, quos negotium istud non concernit, eo decreto non obligari. Ratio est, quia tum* MUDI JUDICIS *partes sustinet, non* LEGISLATORIS, *quae duo officia in Principe accurate distingui debent.*

86) *Dav. Gottl.* DIEZ Pr. de rescriptis Principum auctoritatem rei iudicatae habentibus. Lipsiae 1727. Nettelbladt practische Rechtsgelahrtheit. §. 575.

weder bey dem Richter, an welchen das Decret oder Rescript ergangen ist, anzubringen, und um Berichterstattung an den Landesherrn zu bitten, oder sich mit ihrer Vorstellung unmittelbar an den Landesherrn selbst zu wenden [87]).

§. 97.

Form und Gültigkeit landesherrlicher Rescripte und Rechtsmittel gegen deren Erschleichung.

Sollen jedoch Rescripte gültig seyn, so wird hierzu folgendes erfordert.

I) Sie müssen entweder vom Landesherrn selbst unterschrieben, oder wenigstens auf dessen Befehl von einem Minister, oder dem Cabinets-Secretair unterzeichnet worden, und mit dem landesherrlichen Siegel versehen seyn [88]).

II) Sie müssen das Datum in der Unterschrift enthalten. Nach den Worten eines gewissen Gesetzes in dem Coder des Kaisers Justinian sollen zwar nur *beneficia personalia*, das heißt, Gnadenrescripte, sine die et Consule nicht gelten [89]). Allein auch bey Justizrescripten kommt sehr

87) S. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. §. 97. *b.* S. 60. u. ff. *Iust. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Lib. I. Tit. 3. §. 9.

88) *L.* 3. *L.* 6. *Cod. Iust. de diverss. rescript.* Auch bey den Römern war der Fall nicht selten, daß nur der Geheimsecretair (Promagister) das Rescript Namens des Kaisers unterschrieb. S. PÜTTMANN *Probabil. iur. civ.* lib. II cap. IV. pag. 34. et. 35.

89) *L.* 4. *C. Iust. de div. rescript.* Diese Verordnung, welche von Constantin dem Grossen herrührt, ist jedoch vom Tribonian

ſehr viel auf das Datum an, um zu beurtheilen, welches unter mehreren Reſcripten dem andern vorgehe; andere Urſachen zu geſchweigen, weshalb die Bemerkung der Zeit, wenn ein Reſcript erlaſſen worden, in jedem Falle erforderlich iſt [90]).

III) Dürfen Reſcripte auch nicht dem öffentlichen Wohl des Staats, noch dem auf eine rechtmäßige Art ſchon erworbenen Rechte eines Andern zuwider ſeyn [91]). Der Landesherr kann daher nicht die Fortſetzung eines Streits, der ſchon durch einen rechtsgültigen Transact gehoben iſt, durch ein Reſcript erlauben [92]); oder Jemandem durch ein Reſcript ein Recht ertheilen, was ihm ſchon durch ein rechtskräftiges Urtheil iſt abgeſprochen worden; es müßte denn etwa die Wohlfahrt des Staats ſolches erheiſchen. Denn wenn die Wohlfahrt des Ganzen mit dem Wohl eines einzelnen Bürgers in Colliſion kommt, ſo kann der Landesherr ohne Zweifel einer Privatperſon auch ihre wohlerworbenen Rechte, jedoch nur unter Vorausſetzung einer andern hinlänglichen Entſchädigung, nehmen [93]). Endlich wird nun noch

IV) zur

bonian ſehr interpolirt worden. Denn ſo wie ſie im Theodoſianiſchen Codex *Lib. I. Tit. I. L.* 1. lautet, geht ſie auf alle, auch die allgemeinen Conſtitutionen. S. *Iac.* GOTHOFRED. Commentar. ad h. L. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 6. und POTHIER in Pandect. Iuſtinian. T. I. h. t. Nr. X. not. g. pag. 12.

90) S. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 5. WESTENBERG in Divo Marco Diſſ. II. cap. 2. §. 12.

91) *L. 6. Cod. ſi contra ius vel util. publ. L. 3. L. 7. Cod. de precib. Imp. offerend.*

92) L. 16. *Cod. de Transact.*

93) Schlettweins Rechte der Menſchheit. (Gießen 1784.) S. 483. PÜTTER Inſtitut. iur. publ. Lib. III. c. 1. §. 117.

IV) zur Gültigkeit der Rescripte nothwendig erfordert, daß in dem Bericht, oder der Supplik, wodurch das Rescript ist ausgewirkt worden, die Sache der Wahrheit gemäß dem Landesherrn müsse vorgetragen worden seyn. Denn in der vorausgegangenen Vorstellung liegt ja der Grund des ganzen Rescripts, sind nun also dem Landesherrn die wahren Umstände verschwiegen worden, so fällt der Grund des Rescripts weg, und folglich kann auch das Rescript selbst nicht gelten. Es muß sich also immer die Sache berichtetermassen verhalten. Hierin stimmen auch die römischen und canonischen Rechte mit einander überein [94]), nur mit dem Unterschiede, daß ersteres [95]) die Einrückung der Clausel: si preces veritate nitantur, zur Gültigkeit eines jeden Rescripts verlangt, letzteres [96]) aber, wornach wir heutiges Tages gehen [97]), solche als eine stillschweigende Bedingung in einem jedem Rescript annimmt. Alle Rescripte sind also unter der Clausel zu verstehen: wenn die Sache sich wirklich so verhält, als sie dem Landesherrn vorgestellet worden ist; sie mag nun in dem Rescript ausdrücklich enthalten seyn oder nicht. Befindet sich die Sache anders, als dem Landesherrn von dem Impetranten vorgestellet worden ist, so wird das auf eine solche Art erhaltene Rescript ein heimlich erschlichenes genennt. Hierwieder kann sich

94) L. 7. *C. de div. rescript.* L. *pen. et ult. C. si contra ius vel. util. publ. c.* 2. 3. 8. 15. 17. 19. 20. 22. 26. *X. de rescript.*

95) L. 7. *pr. C. de div. rescript.*

96) *Cap.* 2. *X. de rescript.*

97) BOEHMER Iur. Eccl. Protest. Lib. I. Tit. 3. §§. 4.

ſich der Impetrat, dem es zum Nachtheil gereicht, mit einer Einrede ſchützen, die nach dem Unterſchiede der Fälle bald *exceptio ſubreptionis*, bald *exceptio obreptionis* heißt. Iſt nämlich das Reſcript durch Anführung falſcher factiſcher Umſtände erſchlichen worden, ſo ſtehet demſelben die Einrede der Subreption entgegen; iſt es aber durch Verſchweigung wahrer, zur Sache gehöriger Umſtände veranlaſſet worden, ſo findet dagegen die Einrede der Obreption ſtatt [98]). Unſer V. behauptet mit dem ſeel. Kanzler Böhmer [99]) daß beyde Exceptionen in Anſehung des Beweiſes von einander unterſchieden wären; nämlich die Einrede der Subreption dürfe nicht von dem Excipienten bewieſen werden, weil dieſer verneine, daß das, was dem Landesherrn vorgetragen worden, Wahrheit ſey. Hier müſſe alſo derjenige, welcher das Reſcript ausgewirkt hat, beweiſen, daß er die Sache der Wahrheit gemäß dem Fürſten vorgetragen habe. Man beruft ſich auf die Regel: *in facti quaeſtionibus non neganti, ſed affirmanti, incumbit probatio.* Bey der Obreption hingegen verhalte ſich die Sache ganz anders. Dieſe müſſe derjenige, der ſelbige zur Ausflucht vorſchützt, allemahl beweiſen, weil er etwas behaupte, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß wahre weſentliche Umſtände in der Sup-

98) Dies ſind die gewöhnlichen Begriffe, die auch unſer Autor für richtig hält, und welche in dem *cap.* 20. *X. de reſcript.* ihren Grund haben. Andere erklären jedoch die Sache gerade umgekehrt. S. *Io. Volckm.* Bechmann Diſſ. de ſub. et obreptione Cap. I. Ueberhaupt ſind die ältern Rechtslehrer zum Theil ſehr unbeſtimmt hierüber.

99) *I. H.* Boehmer in Iure Eccl. Proteſt. T. I. Tit. 3. §. 11.

Supplic vorſetzlich verſchwiegen worden wären. Allein wenn auch gleich einige neuere Rechtsgelehrten [100]) dieſen Unterſchied annehmen; ſo iſt doch ſolcher in den Geſetzen keinesweges gegründet, als welche vielmehr, wie ſchon andere *) richtiger eingeſehen haben, die Sache lediglich dem Ermeſſen des Richters überlaſſen wiſſen wollen. Es gehört hierher die ganz deutliche Verordnung des jüngſten Reichsabſchieds §. 80. wo es heißt: Ob aber dem Impetranten bey Deciſion der ganzen Sache ſeine Narrata gleich Anfangs zu verificiren, oder aber dem Impetrato ſive reo, ſeine eingewendete Exceptiones ſub et obreptionis zu beweiſen obliege? das laſſen wir alles zur Ermäſſigung und Befindung des Richters, welcher nach Geſtalt und Gelegenheit der Sachen auch deren Umſtänden, daraus er ſich informiren muß, ob nämlich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi aufzubinden ſey, nach Beſcheidenheit der Rechte zu urtheilen hat, anheim geſtellt ſeyn. Dieſemnach wird nun der Richter beſonders auf folgende Umſtände Rückſicht zu nehmen haben:

1) Ob

100) EYBEL Introduct. in ius eccleſ. Catholicor. T. IV. §. 226. not. c. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. 2. S. 63.

*) S. TAFINGER Inſtitut. iurisprud. Cameralis Sect. IV. Tit. III. §. 909. und beſonders *Car. Otto* GRAEBE *Diſquiſit.* de exceptionibus Sub et Obreptionis earumque probatione. Rinteln 1788. 4.

Rede von den kaiſerlichen Decreten, allein daß Juſtinians Intention ſich auch eben ſowohl auf die Reſcripte erſtrecke, ergiebt ſich aus den nachfolgenden Worten. Definimus autem, omnem Imperatorum legum interpretationem, ſive in *precibus*, ſive in iudiciis, ſive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Sollten jedoch Decrete und Reſcripte nach dieſer Verordnung des K. Juſtinians eine allgemeine geſetzliche Verbindungskraft haben, ſo wird nach den ausdrücklichen Worten derſelben erfordert, daß ſelbige eine zweifelhafte und ſtreitige Rechtsfrage entſcheiden müſſen. Denn die eine bloſe quaeſtionem facti entſcheiden, z. B. ob der Beweis für vollführt zu halten, welcher dem Kläger oder dem Beklagten aufgelegt worden? oder ob die ergriffene Appellation für deſert zu erklären? können ihrer Natur nach die Wirkung eines gemeinen Rechts nicht hervorbringen [79]). So weit vom römiſchen Rechte; und ich glaube, durch den eingeſchlagenen Weg der hiſtoriſchen Darſtellung haben wir alle die Schwierigkeiten glücklich vermieden, die andere hierbey gefunden, welche zwiſchen der L. 2. 3. und 12 Cod. de Legibus eine Vereinigung zu treffen gemeinet haben [80]).

Die

Es iſt nichts neues, daß Juſtinian zur Rechtfertigung und Empfehlung ſeiner Rechtsänderungen ſich dergleichen Fictionen erlaubt habe. Beyſpiele haben *Ant.* CONTIUS Lection. ſubceſiv. Lib. I. c. 9. *Hieron. de* OROZ de Apicib. iur. civil. Lib. V. cap. VII. n. 3. 4. ſeqq. und Hr. Dir. ZEPERNICK a. a. O. §. XXI. pag. 400. geſammlet.

79) S. REINHARTH ſelect. Obſervat. ad Chriſtinaeum. V, I. Obſ. I. n. 10. 11. ſqq.

80) Man vergleiche *Fr.* BALDUINUS in Iuſtiniano Lib. II. p. 95. (edit. *Gundling.*) Ebenderſelbe in Commentar. ad §. 6. I. de

Die Frage iſt nur noch, ob jene Vorſchrift des juſtinianeiſchen Rechts noch heutiges Tages anwendbar ſey? Die Rechtsgelehrten ſind deshalb nicht einerley Meinung. Huber [81]) ſcheint es zu verneinen; allein ohne einen überzeugenden Grund, wie ſchon Reinharth, der ihn gründlich widerlegt, gezeigt hat [82]). Nur aber iſt freylich auch heutiges Tages immer die conditio ſine qua non, daß das landesherrliche Reſcript oder Decret, welches dem Richter in ähnlichen Fällen zur geſetzlichen Norm dienen ſoll, eine ſtreitige Rechtsfrage entſcheide, oder ein dunkeles und zweifelhaftes Geſetz erkläre, und dabey allen, wo nicht Unterthanen, doch wenigſtens Richtern zur Nachachtung gehörig bekannt gemacht worden ſey [83]). Fürſtliche Machtſprüche hingegen kann man

de I. N. G. et Civ. ad verb. *Decreta*. *Ulr.* HUBERUS Praelect. ad Digeſt. h. t. §. 5. COCCEJI Iure Controv. h. t. Qu. 1. *Caſp.* ZIEGLER in Dicaſtice Concluſ. XXXVI. §. 19. 20. ſqq.

81) a. a. O. §. fin. — *Quod eo plus hodiernis moribus habet evidentiae, quo magis conſtat, his diebus Principes — rebus iudicandis ſe dedere non ſolere, vel ſi his rebus ſe miſceant, fere id eo comparatum eſſe, ut extra ordinem ignoſcant, aut animadvertant, quod ad legis non valere conſequentiam, ipſa iuris civilis regula dictat.* Eben dieß behauptet BOEHMER in Iur. Eccl. Prot. lib. I. Tit. 3. §. 22. von den heutigen landesherrlichen Reſcripten. Man ſehe auch LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. XII. Suppl. I. Spec. VII. medit. 22 et 23.

82) a. a. O. Obſ. 2. pag. 3. ſeq.

83) Eben dieſes erfordert auch Ziegler a. a. O. §. 23. pag. 665. am Ende, wo es heißt: *Non alia videtur eſſe ratio deciſionum Principis, quas ſi legis habere vim debent, omnibus, ſi non ſubditis quibuscumque, ſaltem iudicibus inferioribus intima-*

ri

man auch heutiges Tages so wenig als bloſe Gnadenre-scripte in ähnlichen Fällen zum Muſter annehmen [84]). Eben dieſes findet ſtatt, wenn der Landesherr, nicht als Geſetzgeber, ſondern nur als oberſter Richter ſeines Landes in einer an ihn gebrachten Proceßſache, nach vorhergegangener vollſtändigen Unterſuchung derſelben, ein Decret oder Reſcript ertheilet hat, welches nach ſeinem Willen, und nach der Beſchaffenheit der Sache, nur ein Recht unter den ſtreitenden Partheyen machen ſoll [85]). Solche Decrete und Deciſiv Reſcripte werden alsdann, wie Urtheile angeſehen, und können, wie dieſe, die Rechtskraft beſchreiten [86]), dahero derjenigen Parthey, welche damit nicht zufrieden iſt, obliegt, binnen zehen Tagen Vorſtellung darwider zu thun, und dieſerhalb ihre Nothdurft entweder

ri neceſſe eſt. Immo vero intereſt Reip. ut in omnium ſubditorum perveniant notitiam, cum litem ſaepe incepturus non ſit, cuius ipſe exitum ſibi deciſione principali divinare queat. Man ſehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius. civ. contr. h. t. Q. 1. not. w.

84) C. *Mart.* SCHRADER Tr. de ſententiis Principum ex plenitudine poteſtatis latis. Allgemeines Geſetzbuch für die Preuß. Staaten. Einleitung. §. 6.

85) Richtig ſagt daher Ziegler a. a. O. §. 22. *Ubi Princeps non decernit* ANIMO FACIENDAE LEGIS, *ſed ita interloquitur, ut ultra negotium, circa quod pronunciat, ſententia non extendatur, facile exinde patet, alios, quos negotium iſtud non concernit, eo decreto non obligari. Ratio eſt, quia tum* NUDI JUDICIS *partes ſuſtinet, non* LEGISLATORIS, *quae duo officia in Principe accurate diſtingui debent.*

86) *Dav. Gottl.* DIEZ Pr. de reſcriptis Principum auctoritatem rei iudicatae habentibus. Lipſiae 1707. Rettelbladt practiſche Rechtsgelahrtheit. §. 575.

weder bey dem Richter, an welchen das Decret oder Rescript ergangen ist, anzubringen, und um Berichterstattung an den Landesherrn zu bitten, oder sich mit ihrer Vorstellung unmittelbar an den Landesherrn selbst zu wenden [87]).

§. 97.

Form und Gültigkeit landesherrlicher Rescripte, und Rechtsmittel gegen deren Erschleichung.

Sollen jedoch Rescripte gültig seyn, so wird hierzu folgendes erfordert.

I) Sie müssen entweder vom Landesherrn selbst unterschrieben, oder wenigstens auf dessen Befehl von einem Minister, oder dem Cabinets-Secretair unterzeichnet worden, und mit dem landesherrlichen Siegel versehen seyn [88]).

II) Sie müssen das Datum in der Unterschrift enthalten. Nach den Worten eines gewissen Gesetzes in dem Codex des Kaisers Justinian sollen zwar nur *beneficia personalia*, das heißt, Gnadenrescripte, sine die et Consule nicht gelten [89]). Allein auch bey Justizrescripten kommt sehr

87) S. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 2. Th. §. 97. b. S. 60. u. ff. *Iust. H.* BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Lib. I. Tit. 3. §. 9.

88) *L.* 3. *L.* 6. *Cod. Iust. de diverf. rescript.* Auch bey den Römern war der Fall nicht selten, daß nur der Geheimsecretair (Promagister) das Rescript Namens des Kaisers unterschrieb. S. PÜTTMANN *Probabil. iur. civ.* lib. II cap. IV. pag. 34. et. 35.

89) *L.* 4. *C. Iust. de div. rescript.* Diese Verordnung, welche von Constantin dem Grossen herrührt, ist jedoch vom Tribonian

sehr viel auf das Datum an, um zu beurtheilen, welches unter mehreren Rescripten dem andern vorgehe; andere Ursachen zu geschweigen, weshalb die Bemerkung der Zeit, wenn ein Rescript erlassen worden, in jedem Falle erforderlich ist [90]).

III) Dürfen Rescripte auch nicht dem öffentlichen Wohl des Staats, noch dem auf eine rechtmäßige Art schon erworbenen Rechte eines Andern zuwider seyn [91]). Der Landesherr kann daher nicht die Fortsetzung eines Streits, der schon durch einen rechtsgültigen Transact gehoben ist, durch ein Rescript erlauben [92]); oder Jemandem durch ein Rescript ein Recht ertheilen, was ihm schon durch ein rechtskräftiges Urtheil ist abgesprochen worden; es müßte denn etwa die Wohlfahrt des Staats solches erheischen. Denn wenn die Wohlfahrt des Ganzen mit dem Wohl eines einzelnen Bürgers in Collision kommt, so kann der Landesherr ohne Zweifel einer Privatperson auch ihre wohlerworbenen Rechte, jedoch nur unter Voraussetzung einer andern hinlänglichen Entschädigung, nehmen [93]). Endlich wird nun noch

IV) zur

bonian sehr interpolirt worden. Denn so wie sie im Theodosianischen Codex *Lib. I. Tit. 1. L.* 1. lautet, geht sie auf alle, auch die allgemeinen Constitutionen. S. *Iac.* GOTHOFREDUS Commentar. ad h. L. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 6. und POTHIER in Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. X. not. g. pag. 12.

90) S. VOET Comment. ad Pandect. h. t. §. 5. WESTENBERG in Divo Marco Diss. II. cap. 2. §. 12.

91) *L. 6. Cod. si contra ius vel util. publ. L. 3. L. 7. Cod. de precib. Imp. offerend.*

92) L. 16. *Cod. de Transact.*

93) Schlettweins Rechte der Menschheit. (Gießen 1784.) S. 483. PÜTTER Institut. iur. publ. Lib. III. c. 1. §. 117.

IV) zur Gültigkeit der Reſcripte nothwendig erfordert, daß in dem Bericht, oder der Supplik, wodurch das Reſcript iſt ausgewirkt worden, die Sache der Wahrheit gemäß dem Landesherrn müſſe vorgetragen worden ſeyn. Denn in der vorausgegangenen Vorſtellung liegt ja der Grund des ganzen Reſcripts, ſind nun alſo dem Landesherrn die wahren Umſtände verſchwiegen worden, ſo fällt der Grund des Reſcripts weg, und folglich kann auch das Reſcript ſelbſt nicht gelten. Es muß ſich alſo immer die Sache berichtetermaſſen verhalten. Hierin ſtimmen auch die römiſchen und canoniſchen Rechte mit einander überein [94], nur mit dem Unterſchiede, daß erſteres [95] die Einrückung der Clauſel: ſi preces veritate nitantur, zur Gültigkeit eines jeden Reſcripts verlangt, letzteres [96] aber, wornach wir heutiges Tages gehen [97], ſolche als eine ſtillſchweigende Bedingung in einem jedem Reſcript annimmt. Alle Reſcripte ſind alſo unter der Clauſel zu verſtehen: wenn die Sache ſich wirklich ſo verhält, als ſie dem Landesherrn vorgeſtellet worden iſt; ſie mag nun in dem Reſcript ausdrücklich enthalten ſeyn oder nicht. Befindet ſich die Sache anders, als dem Landesherrn von dem Impetranten vorgeſtellet worden iſt, ſo wird das auf eine ſolche Art erhaltene Reſcript ein heimlich erſchlichenes genennt. Hierwieder kann ſich

94) L. 7. *C. de div. reſcript.* L. *pen. et ult. C. ſi contra ius vel. util. publ. c.* 2. 3. 8. 15. 17. 19. 20. 22. 26. *X. de reſcript.*

95) L. 7. *pr. C. de div. reſcript.*

96) *Cap.* 2. *X. de reſcript.*

97) BOEHMER Iur. Eccl. Proteſt. Lib. I. Tit. 3. §. 4.

ſich der Impetrat, dem es zum Nachtheil gereicht, mit einer Einrede ſchützen, die nach dem Unterſchiede der Fälle bald *exceptio ſubreptionis*, bald *exceptio obreptionis* heißt. Iſt nämlich das Reſcript durch Anführung falſcher factiſcher Umſtände erſchlichen worden, ſo ſtehet demſelben die Einrede der Subreption entgegen; iſt es aber durch Verſchweigung wahrer, zur Sache gehöriger Umſtände veranlaſſet worden, ſo findet dagegen die Einrede der Obreption ſtatt [98]). Unſer V. behauptet mit dem ſeel. Kanzler Böhmer [99]) daß beyde Exceptionen in Anſehung des Beweiſes von einander unterſchieden wären; nämlich die Einrede der Subreption dürfe nicht von dem Excipienten bewieſen werden, weil dieſer verneine, daß das, was dem Landesherrn vorgetragen worden, Wahrheit ſey. Hier müſſe alſo derjenige, welcher das Reſcript ausgewirkt hat, beweiſen, daß er die Sache der Wahrheit gemäß dem Fürſten vorgetragen habe. Man beruft ſich auf die Regel: *in facti quaeſtionibus non neganti, ſed affirmanti, incumbit probatio.* Bey der Obreption hingegen verhalte ſich die Sache ganz anders. Dieſe müſſe derjenige, der ſelbige zur Ausflucht vorſchützt, allemahl beweiſen, weil er etwas behaupte, was nicht vermuthet werden könne, nämlich, daß wahre weſentliche Umſtände in der Sup-

98) Dies ſind die gewöhnlichen Begriffe, die auch unſer Autor für richtig hält, und welche in dem *cap.* 20. *X. de reſcript.* ihren Grund haben. Andere erklären jedoch die Sache gerade umgekehrt. S. *Io. Volckm.* BECHMANN Diſſ. de ſub. et obreptione Cap. I. Ueberhaupt ſind die ältern Rechtslehrer zum Theil ſehr unbeſtimmt hierüber.

99) *I. H.* BOEHMER in Iure Eccl. Proteſt. T. I. Tit. 3. §. 11.

Supplic vorſetzlich verſchwiegen worden wären. Allein wenn auch gleich einige neuere Rechtsgelehrten [200]) dieſen Unterſchied annehmen; ſo iſt doch ſolcher in den Geſetzen keinesweges gegründet, als welche vielmehr, wie ſchon andere [1]) richtiger eingeſehen haben, die Sache lediglich dem Ermeſſen des Richters überlaſſen wiſſen wollen. Es gehört hierher die ganz deutliche Verordnung des jüngſten Reichsabſchieds §. 80. wo es heißt: Ob aber dem Impetranten bey Deciſion der ganzen Sache ſeine Narrata gleich Anfangs zu verificiren, oder aber dem Impetrato ſive reo, ſeine eingewendete Exceptiones ſub et obreptionis zu beweiſen obliege? das laſſen wir alles zur Ermäſſigung und Befindung des Richters, welcher nach Geſtalt und Gelegenheit der Sachen auch deren Umſtänden, daraus er ſich informiren muß, ob nämlich dem Kläger oder dem Beklagten das onus probandi aufzubinden ſey, nach Beſcheidenheit der Rechte zu urtheilen hat, anheim geſtellt ſeyn. Dieſemnach wird nun der Richter beſonders auf folgende Umſtände Rückſicht zu nehmen haben:

1) Ob

200) EYBEL Introduct. in ius eccleſ. Catholicor. T. IV. §. 226. not. c. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. 2. S. 63.

1) S. TAFINGER Inſtitut. iurisprud. Cameralis Sect. IV. Tit. III. §. 909. und beſonders *Car. Otto* GRAEBE *Diſquiſit.* de exceptionibus Sub et Obreptionis earumque probatione. Rinteln 1788. 4.

1) Ob das ergangene Reſcript nur auf bloſe, oder auf beſcheinigte Vorſtellung, wie der jüngſte R. A. [2]) erfordert, ertheilet worden ſey? indem, wenn letzteres iſt, die Sache des Impetranten ſo lange billig für richtig und vollſtändig angewendet werden muß, als nicht das Gegentheil vom Impetraten iſt erwieſen worden.

2) Ob nicht ſolche beſondere Umſtände in facto vorhanden ſind, welche die Sache des Impetranten verdächtig, die Exception des Impetraten aber wahrſcheinlich machen. In welchem Falle ſodann dem Impetranten, weil ihm die Vermuthung entgegenſtehet, der Beweiß von dem Grunde des von ihm erhaltenen Reſcripts aufzulegen ſeyn wird; wie die Herren Reviſoren des Concepts der Cammer-Gerichts-Ordnung ebenfalls geurtheilet haben [3]). In Ermangelung ſolcher beſonderer Umſtände und Vermuthungen aber wird

3) der Richter im Zweifel die Beſchwerde der Beweißführung dem Impetraten, er mag nun die Einrede der Sub- oder Obreption dem Reſcripte entgegenſetzen, auflegen müſſen. Denn einmal muß nach der allgemeinen Regel jeder Excipient ſeine Einreden beweiſen, inſofern ſie, wie jene, auf Thatumſtänden beruhen [4]). Sodann hat der Excipient insgemein die Vermuthung wider ſich, denn daß ein

2) §. 79. in den Worten: Alle Supplicanten ſollen ihre Narrata zugleich etlichermaßen beſcheinigen.

3) S. Hrn. GR. von Selchow's Concepte der C. G. O. (Göttingen 1782.) Th. III. Tit. 42. S. 329. Not. x.

4) L. 19. *pr. D. de probat.*

ein Rescript durch Sub- oder Obreption erschlichen sey, wird im Zweifel nicht vermuthet [5]).

Uebrigens besteht die Wirkung dieser Einreden darin, daß die Vollziehung des Rescripts, wider welches dieselben vorgeschützet worden sind, bis zum Austrag der Sache ausgesetzt bleiben muß [6]). Nun steht es zwar dem Richter, an welchen das Rescript erlassen worden ist, allerdings zu zu untersuchen, ob die Sache dem Landesherrn der Wahrheit gemäß vorgestellet worden sey, oder nicht [7]); er muß sich jedoch hierin alles eigenmächtigen Erkenntnisses enthalten, und vielmehr nach geschehener Untersuchung nöthigen Bericht davon an den Landesherrn erstatten [8]). Der Lan-

5) *Exceptio quippe sub. et obreptionis*, sagt Hr. Prof. GRAEBE in der oben angeführten schönen Schrift über diesen Gegenstand §. XV. am Ende, *continet opprobrationem mendacii et falsi, a qua suspicione impetrantem liberat praesumtio viri boni.* Man sehe auch GAIL. Observat. pract. Lib. I. obs. 14. n. 2. et 3. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 228. ZANGER Tract. de exceptionibus P. II. Cap. 17. nr. 18. HOFACKER Princip. iur. civ. T. I. §. 115. Zuweilen kann jedoch vermuthet werden, daß ein Rescript erschlichen sey, wenn nämlich darin etwas verordnet wird, was dem ganzen Staat zum offenbaren Schaden gereicht. S. Höpfner im Commentar §. 45.

6) BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. XIII.

7) *L. 4. C. si contra ius. L. ult. C. eodem L. 7. C. de precib. imp. offerend. c. 2. X. de offic. et potest. iudic. deleg. c. 7. X. de fide instrum.* BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. 7. MEVIUS P. I. Decis. 143.

8) *C. 5. u. 10. X. de rescript.* MEVIUS P. II. Decis. 197. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 4. et 5.

desherr kann nun entweder selbst entscheiden, ob und in wiefern das Rescript für erschlichen zu halten, und daher aufzuheben sey, oder auch das Erkenntniß über die Gültigkeit des Rescripts dem Richter überlassen [9]). Daß der betrügerische Impetrant in einem solchen Falle auch zu den Kosten und Schadensersatz gehalten sey, hat keinen Zweifel [10]).

§. 98.

Von den besondern Constitutionen der Regenten, und Privilegien. Begrif und Unterschied zwischen Privilegien, Dispensationen und *iura singularia*.

Die speciellen Verordnungen der Regenten, von welchen unser Autor mit diesen §. zu handeln anfängt, sind nach dem oben davon angegebenen Begriffe von sehr verschiedener Art. Sie können

1) solche seyn, die nach der Absicht des Landesherrn nur für die Partheyen, die sich an denselben gewendet, und von ihm hierdurch eine Resolution oder Entscheidung erhalten haben, ein Recht machen sollen. Unter dieser Einschränkung gehören landesherrliche Rescripte und Decrete unstreitig zu den speciellen Constitutionen, wenn sie gleich sonst nach den neuern römischen und heutigen Rechten in der Regel auch für ähnliche Fälle als Gesetz gelten (§. 96.)

2) Sol-

9) BOEHMER I. E. P. a. a. O. §. XVI.

10) *Cap. fin. X. de rescript. c. 3. eodem in 6to. Clem. 1. h. t. L. 5. Cod. si contra ius vel utilit. publ.* BOEHMER a. a. O. §. XVII.

2) Solche, welche nach der Absicht des Landesherrn nur einzelnen Unterthanen, an welche sie deshalb ergangen sind, eine directe Verbindlichkeit auflegen. Diese können wieder von verschiedener Art seyn; je nachdem sie entweder nur eine Commission zur Ausrichtung eines dem Fürsten selbst betreffenden Geschäfts, oder einen ohne vorhergegangenen Bericht an ein Collegium oder sonst eine Magistratsperson erlassenen landesherrlichen Befehl in Sachen, welche ihre Amts- und Justizverwaltung betreffen, enthalten. Man pflegt die ersteren Fürstliche Ordres [11]) (Epistalmata); letztere aber Mandate im eigentlichen Verstande, oder auch Rescripte in uneigentlicher Bedeutung, zu nennen. Endlich können specielle Constitutionen der Fürsten

3) auch solche seyn, welche eine Ausnahme vom gemeinen Rechte machen. Diese werden Privilegien in ganz genereller oder uneigentlicher Bedeutung [12]) genennt. Fragt man jedoch, was ein Privi-

11) S. *I. H.* BOEHMERI Diss. de iure epistalmatis, von Fürstlicher Ordre. *Halae* 1725.

12) Unter den vielen Schriften über die Materie von Privilegien, wovon LIPENIUS in Biblioth. iur. SCHOTT in Supplement. h. v. und Pütters Litteratur des Staatsrechts. 3. Th. §. 1093. f. nachzusehen, will ich hier nur folgende anführen: *Ge. Acac.* ENENCKEL, Libri III. de Privilegiis iuris civilis. Francof. 1606. 4. *I. H.* BOEHMER diss. de finibus privilegiorum regundis. Halae 1736. (in *Exercit. ad Pand.* T. I.) *Ge. Christ.* GEBAUER singularia de privilegiis. Goett. 1749. (*Vol. I. Exerc. acad. N. XI.*) *Petr. de* TOULLIEU Diss. de Privilegiis, (in *Collectan. iur. civ.* Diss. XV.) und *Io. Ge. Frid.* WASMUTH Diss. de privilegiorum natura generatim, et in specie de modis,

legium im eigentlichen Verstande sey, so sind die Begriffe der Rechtsgelehrten hierin nicht übereinstimmend. Einige schränken den Begriff blos auf die persönlichen Privilegien ein, und halten Realprivilegien für ein nonens [13]). Andere stellen sich blos günstige Verordnungen darunter vor, wodurch der Regent einem gewissen Individuum eine fortdauernde Wohlthat ertheilet, von deren Genuß andere ausgeschlossen sind; und läugnen daher gänzlich, daß es sogenannte *privilegia odiosa* gebe, die dem Privilegirten zum Nachtheil gereichen könnten [14]). Die meisten Rechtsgelehrten aber bestimmen den Begriff vom Privilegium auf eine solche Art, daß auch privilegia realia, und odiosa als Gattungen darunter begriffen werden können, unterscheiden jedoch sehr genau Privilegien im eigentlichen Verstande, Dispensationen und *Iura singularia*; und diese Theorie halte ich für die richtigste [15]). Es wird jedoch nöthig seyn, zuförderst etwas über den Namen und die Bedeutung des Worts *Pri-*

modis, quibus finiuntur, vel amittuntur. Goett. 1787. Diesen kann auch Moser von der Landeshoheit in Gnadensachen, beygefügt werden.

13) S. *Franc.* ALEX. Diss. de figmento privilegiorum realium *Heidelb.* 1741. (in EIUS *Diebus academ.* Diss. VII. p. 240. seqq.)

14) So *Christoph. Gottl.* PAULI in der unter Joh. Gottl. Siegels Vorsitz gehaltenen Diss. de genuino privilegiorum conceptu. *Lipsi.* 1741. §. XV.

15) Man vergleiche ausser den Not. 12. angeführten Schriften HARTLEBEN Meditat. ad Pandect. Spec. XII. m. 1. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. Lib. II. Sect. III. Tit. 3. §. 218. *P.* LANGHAIDER Diss. de multiplici privilegiorum significatione, eorumque notione genuina. Cap. I.

Privilegium zu bemerken. Den Ursprung des Worts leiten die alten Grammatiker nicht unrichtig von *privus* und *lex* her; *privus* aber heißt soviel als singulus oder privatus, wie Nonius Marcellus [16]) und Aulus Gellius [17]) lehren; PRIVILEGIUM ist also nach seiner originellen Bedeutung soviel als *lex de privo* i. e. *de singulo homine seu privato lata*, wie Gebauer [18]) sehr ausführlich gezeigt hat. Dies war nun auch diejenige Bedeutung, in welcher das Wort privilegium in den ältesten Zeiten der Römer, zur Zeit des Freystaats, genommen wurde. Privilegien waren also ursprünglich blos persönlich, es waren Gesetze, wodurch in Ansehung eines einzelnen Bürgers etwas ausserordentliches verfügt wurde. In dieser Bedeutung waren Privilegien nach den zwölf Tafelgesetzen verboten [19]); denn in einem Freystaate, wo Gleichheit

16) II. 694. edit. *Gothofredi* p. 574.

17) *Noct. Attic. Lib. X. c. 20.* — Non sunt generalia iussa, (sc. *privilegia*) neque de universis civibus, sed *de singulis concepta*: quocirca PRIVILEGIA potius vocari debent, quia Veteres *priva* dixerunt, quae nos *singula* dicimus.

18) a. a. O. §. 1. u. 2.

19) Die Gesetze der zwölf Tafeln verordnen, *privilegia ne irrogento*. Cicero führt das Gesetz mehr als einmal an; man vergleiche Orat. *pro Domo* c. 17. *pro Sextio* c. 30. *de Legibus* c. 4. u. c. 19. Jedoch sind die Ausleger über den Sinn dieser Sanction nicht einig. Das Wort IRROGARE wird zwar eigentlich bey den römischen Classikern der freyen Republik in der Bedeutung genommen, daß es so viel heißt, als *populum lege rogare, ut aliquid iubeat, quod ad ultcrius incommodum pertinet.* Z. B. multam irrogare. CIC. *pro Domo* c. 29. ERNESTI in Clavi Ciceron. voce *irrogare*. Daher haben nicht wenige

unter den Bürgern erhalten werden muß, schien es eben so unschicklich zu seyn, einzelne Bürger durch Vorzüge und Freyheiten über die andern zu erheben, als Angeschuldigte auf eine mehr, als gewöhnliche Art zu strafen, zumahl da nach den Legibus sacratis der Römer über Leben und Tod eines Bürgers anders nicht als in den Centuriatcomitien geurtheilet werden sollte [20]). In den folgenden Zeiten

nige geglaubt, daß das Gesetz der XII. Tafeln blos von nachtheiligen Privilegien rede. S. MARCILIUS in Collect. et Interpret. leg. XII. Tab. p. 296. RITTERSHUSIUS in Dodecadelto s. Comment. ad XII. Tabb. LL. Class. II. c. 2. NOODT Commentar. in Digesta ad Tit. *de Legibus* T. II. Opp. pag. 11. u. a. m. Allein andere verstehen jenes Gesetz ganz allgemein von allen Privilegien, und diese Meinung kommt mit der Beschaffenheit einer republikanischen Staatsverfassung allerdings besser überein; und bekommt durch die Stelle des CICERO de LL. Lib. III. c. 19. ein nicht geringes Gewicht. S. RAEVARDUS lib. sing. de LL. XII. Tab. cap. 2. GOTHOFREDUS in Not. ad. Tab. IX. pag. 229. *IV. Font. iur. civ.* denen auch Gebauer a. a. O. §. 6. u. 7. beypflichtet. Diese erklären sich das Wort IRROGARE durch *inducere in rempublicam, rogando populum*, wie Gebauer §. 8. der angef. Diss. sagt.

20) CICERO de Legibus Lib. III. c. 4. u. 19. verbindet beyde Gesetze mit einander. *Tum leges praeclarissimae de XII. Tabulis translatae duae, quarum altera* PRIVILEGIA TOLLIT; *altera* DE CAPITE CIVIS ROMANI ROGARI, NISI MAXIMO COMITIATU, VETAT. An einem andern Ort schreibt er beyde den Legibus Sacratis zu *pro Domo* c. 17. und *pro Sextio* cap. 30. SIGONIUS de antiquo iure civium Rom. Lib. I. cap. 6. hält sie für capita derjenigen legum sacratarum, welche im Jahre der Erb. Roms 260 auf dem von ihnen benannten Monte sacro wegen Einführung der Tribunen des gemeinen Volks gegeben worden sind. Allein BENEDICTI Clavi Ciceron. in Indice Legum hält sie mit bes-

sern

Zeiten haben die römischen Kaiser nicht nur häufig einzelnen Personen Privilegien ertheilet, sondern auch Sachen ihrer Unterthanen von der Vorschrift der Gesetze befreyet. Schon Ulpian [21]) gedenkt daher des Unterschieds zwischen Real- und persönlichen Immunitäten. Ja es wurde der Begriff vom Privilegium so ausgedehnt, daß sowohl in den Gesetzen der Pandecten als des Codex auch die *iura singularia* unterweilen, so wie noch heutiges Tages, Privilegien genennt werden [22]). Jedoch werden Dispensationen davon unterschieden, welche unsere Gesetze *constitutiones personales* [23]) nennen. Der Unterschied zwischen Privilegien im eigentlichen Verstande, Dispensationen, und *iura singularia* bestehet nun darin.

Ein Privilegium im eigentlichen Verstande, ist eine besondere Verfügung des Regenten, wodurch in Ansehung eines gewissen Individuums eine Ausnahme vom gemeinen Rechte dergestalt gemacht wird, daß solche

serm Grunde für Fragmente des Valerischen Gesetzes *de provocatione*. S. auch PLATTNER de legibus sacratis Romanor. cap. V.

21) L. 3. §. 1. *D. de Censibus.* Eben dieser Ulpian unterscheidet auch an einem andern Ort sehr deutlich privilegia realia und personalia. — *L.* 1. §. 41—44. *D. de aqua quotid. et aestiva.*

22) Z. B. *privilegium dotis* L. 74. D. de iure dot. *privilegium militare testandi* L. 7. C. de testam. milit. L. 24. D. eod. Auch im gemeinen Sprachgebrauche ist nichts gewöhnlicher, als die besondern Rechte der Soldaten, Pupillen, Studenten, Geistlichen, der Gläubiger u. s. w. PRIVILEGIA zu nennen.

23) §. 6. I. de I. N. G. et C. L. 1. §. 2. D. h. t.

nicht blos auf einen einzelnen Fall, sondern auf alle oder mehrere zukünftige Fälle von gleicher Art sich erstrecken. Ein solches Privilegium kann nun entweder ein günstiges, (*privilegium favorabile*) oder ein verhaßtes, (*odiosum*) seyn, je nachdem es dem Privilegirten entweder zum Vortheil oder zur wohlverdienten Strafe gereicht. Die günstigen Privilegien lassen sich auf drey Classen reduciren. Sie sind 1) solche, wodurch der Privilegirte einer sonst allgemeinen Erlaubniß allein zu geniessen berechtiget wird, alle andere aber von dem Gebrauche eines sonst gemeinen Rechts ausgeschlossen werden; dergleichen man Monopolien nennt; 2) solche, wodurch der Privilegirte ein Vorrecht erwirbt, daß nach dem gemeinen Rechte keinem Unterthan, sondern nur dem Landesherrn zusteht; und 3) solche, wodurch der Privilegirte von der sonst allgemeinen Verbindlichkeit eines Gesetzes für das künftige befreyet wird. Ungünstige oder verhaßte Privilegien, (privilegia odiosa) gereichen nun hingegen dem Privilegirten zum Nachtheil, und enthalten eine Strafe für denselben, welche in mehrern zukünftigen Fällen ihre verhaßte Wirkung äussert [94]). Dahin gehört z. B. wenn der Landesherr die erb- und eigenen Güter eines Unterthans wegen eines von demselben began-

94) *Carl Guil. Maurit. de* BODEN in der unter dem Vorsitz des sel. Hrn. Prof. *Gustav. Bernh.* BECMANN gehaltenen Diss. de aequitate privilegii odiosi, et potestate imperantis circa illud. Göttingen 1750. sagt §. 2. PRIVILEGIUM ODIOSUM *in genere dicimus exceptionem a lege generaliori in odium personae singularis factam. In specie vero* (§. 4.) *dicitur exceptio a lege generali facta, vi cuius alicui poena in nulla lege antea determinata in odium ipsius actu irrogatur.*

gangenen Verbrechens zur Strafe in Lehn verwandelt, welches man ein Straf-Lehn (feudum poenae) zu nennen pflegt [25]); oder wenn er einen Zolldefraudanten damit straft, daß er ins künftige von jeder zu verzollenden Waare den doppelten Zoll geben solle [26]). Nach dem heutigen Sprachgebrauch pflegt man jedoch nur vornehmlich die favorablen Privilegien unter dem eigentlichen Namen der Privilegien zu verstehen, welche auch Freyheiten, Gnadenbriefe, Handfesten, genennt zu werden pflegen.

Von diesen Privilegien im eigentlichen Verstande, sind nun Dispensationen darin unterschieden, daß solche nur personelle Verordnungen sind, dadurch blos in Ansehung einer gewissen Person in einem einzelnen Falle eine Ausnahme von der Regel des gemeinen Rechts gemacht wird. Auch diese können von zweyerley Art, entweder günstige oder verhaßte, seyn, je nachdem sie der Person, welche sie betreffen, entweder zum Vortheil oder

25) S. *Ern. Martin.* CHLADENII Diss. de feudis poenae, von Straflehnen. Vitemb. 1754. in welcher §. V. merkwürdige Beyspiele angeführt werden. Man sehe auch WOELCKER Diss. de privilegiis odiosis et poenalibus. *Altdorf* 1718.

26) Ob sich aber auch dergleichen privilegia odiosa gegen den Vorwurf der Ungerechtigkeit vertheidigen lassen, ist eine andere Frage, die wohl eher zu verneinen seyn möchte, weil kein Privilegium ein ius quaesitum der Unterthanen verletzen darf. Nun aber hat jeder Verbrecher ein vollkommenes Recht zu fordern, daß er nach denjenigen Gesetzen beurtheilt werde, welche er überschritten hat. S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 112. und 113.

oder zum Nachtheil gereichen [27]). Zur letzten Gattung gehört, wenn der Landesherr einem gewissen Delinquenten um ein Exempel zu statuiren, eine härtere Strafe dictirt, als die in den Gesetzen bestimmte ist, wie z. B. Kaiser Hadrian der Umbricia, welcher er wegen der an ihren Mägden verübten Grausamkeit fünfjährige Landesverweisung zuerkannte [28]). Hier ist jedoch die Strafe nur auf einen Fall eingeschränkt, und hat ein Ende, wenn sie einmal vollstreckt ist; allein bey verhaßten Privilegien äussert sich die Wirkung der Strafe in mehreren zukünftigen Fällen, so oft nämlich andere Unterthanen nach dem gemeinen Rechte behandelt werden, und die Vortheile desselben geniessen, wie die oben angeführten Beyspiele zu erkennen geben.

Die günstigen Dispensationen können wieder von mancherley Art seyn. Sie gehen entweder auf eine noch zukünftige Handlung, oder auf eine schon geschehene Handlung. Im erstern Falle heißt eine solche Verordnung, wodurch ein Unterthan die Erlaubniß erhält, eine in den Gesetzen sonst vorgeschriebene und befohlne Handlung unterlassen, oder eine sonst verbotene Handlung unternehmen zu dürfen, eine Dispensation im eigentlichen Verstande. Z. B. die Erlaubniß, daß Einer sich trauen lassen darf ohne vorhergehendes Aufgebot, oder in der sogenannten geschlossenen Zeit, z. B. während Adventszeit; oder daß Jemand eine sonst in den Gesetzen ver-

27) §. 6. *I. de. I. N. G. et C. L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

28) *L.* 2. *D. de his, qui sunt sui vel alieni iuris.* Ein anders Beyspiel vom K. CLAUDIUS erzählt SUETONIUS in eius vita cap. 14.

K

verbotene Ehe mit einer Person eingehen darf [29]). Hier folgt die Handlung erst auf die geschehene Ausnahme. Allein es kann zuweilen das Factum vor der Ausnahme vorausgehen, und letztere nur dazu dienen, nachtheilige Wirkungen desselben abzuwenden. Diese bekommen ihre besondere Benennung — Abolition und Aggratiation (restitutio gratiae). Jene geschiehet noch vor dem Endurtheil, und bestehet darin, wenn der wider eine Person angestellte peinliche Proceß nicht bis zum Endurtheil fortgesetzt, sondern die Untersuchung aus landesherrlicher Gnade aufgehoben, und das Andenken des Verbrechens in Ansehung der peinlichen Wirkungen gänzlich ausgetilgt wird [30]). Letztere erfolgt erst nach dem Endurtheil, und besteht in einer aus landesherrlicher Gnade geschehenen Erlassung der zuerkannten Strafe [31]).

Von

29) S. *I. H.* Boehmer Exercit. acad. de sublimi Principum ac statuum evangelicorum dispensandi iure id causas et negotia tam sacris quam profanis. Halae 1722. Auch verdient noch eine andere Schrift bemerkt zu werden: Wem steht in der katholischen Kirche das Recht zu, in geistlichen Sachen zu dispensiren. Ein Versuch von einem Deutschen. 1787. 8.

30) Ich rede hier von der Abolition im Sinne des heutigen peinlichen Rechts. Denn mit der Abolition im Sinne des römischen Criminalrechts hatte es eine ganz andere Beschaffenheit. S. Quistorp in den Grundsätzen des teutschen peinl. Rechts. 2. Th. 12. Abschn. 2. Kap. §. 850. u. 851. und *Ioh. Theoph.* Jaeger in Diss. de abolitione veteri et hodierna. *Lipsiae* 1778.

31) Daß die Abolition und Aggratiation als Gattungen der Dispensation, in allgemeiner Bedeutung genommen, anzusehen sind, behauptet auch Beckmann oder vielmehr *de* Bode in der oben angeführten Diss. §. 3. in Nota. pag. 10.

Von den Privilegien im eigentlichen Verstande sind endlich auch die besondern Rechte, oder iura singularia zu unterscheiden. Man versteht darunter diejenigen Verordnungen des gemeinen Rechts, welche entweder für ein gewisses Alter, Geschlecht, Stand, oder Klasse von Personen, oder für eine gewisse Gattung von Sachen, oder für alle und jede Unterthanen, in sofern sie sich in einem gewissen Falle befinden, eine Ausnahme von der Regel des ältern und strengen Rechts enthalten [32]). Sie unterscheiden sich also von Privilegien darin: 1) daß sie im gemeinen Rechte gegründet sind, und man also nicht erst darum nachzusu-

chen

32) Paulus dehnt den Begriff des *iuris singularis* noch weiter aus, wenn er in *L.* 16. *D. de Legib.* sagt: IUS SINGULARE est, quod contra tenorem rationis, propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium, introductum est. Er verstehet also unter IUS SINGULARE ein solches Recht, welches aus irgend einem Grunde des gemeinen Bestens, der Nothwendigkeit, oder Billigkeit, gegen die Regel des gemeinen und strengen Rechts, es sey, auf welche Art es wolle, durch die Auctorität der römischen Gesetzgeber, ist eingeführet worden. Der Fälle eines solchen besondern Rechts sind im römischen Recht unzählig, wie selbst Julian *L.* 31. §. *fin. D. ad Leg. Aquil.* gestehet. Hierher gehört z. B. der Quasi usus fructus fungibler Sachen, d. i. solcher, die durch den Gebrauch an ihrem Werth verlieren, oder gar aufhören zu seyn. (Lib. VII. Digest. Tit. 5.) Paulus führt noch andere Beyspiele zur Erläuterung seines obigen Begriffs an. Man sehe *L.* 63. *D. de usufructu* und *L.* 54. *D. soluto matrimonio*, welche beyde, wie die oben angeführte *L.* 16. *D. de LL.* aus eben des IULII PAULI *libro singulari de iure singulari* genommen sind, wie die Ueberschrift beweiset. S. *Franc. Car.* CONRADI Diss. ad *Iulii Pauli ex* libro singulari *de iure singulari* reliqua. *Lipsiae* 1728.

chen nöthig hat; dahingegen Privilegien bey dem Landesherrn besonders erlangt werden müssen. 2) Daß sie nicht einer einzelnen Person oder Sache, sondern einer ganzen Classe von Personen oder Sachen, oder allen Unterthanen zukommen, insofern sie sich in einem gewissen Falle befinden, z. E. wenn sie Bürgschaft geleistet haben, oder in Verfall ihres Vermögens gerathen sind (beneficium competentiae) oder eine Erbschaft antreten (beneficium inventarii). Man theilt daher die iura singularia ein in *generalia* und *specialia*. Zu der erstern Gattung gehören die besondern Rechte der Erben, der Bürgen, der Abwesenden, der Schuldner; zu der letztern Gattung hingegen die besondern Rechte der Minderjährigen, der Frauenspersonen, der Soldaten, der Geistlichen, ferner die besondern Rechte der Alimente, der Heyrathsgüter u. s. w. Diese iura singularia sind nun zwar meist vortheilhafte Rechte, daher sie auch gewöhnlich *Beneficia legis*, oder Rechtswohlthaten genennt werden. Allein es läßt sich deswegen doch auch ein ius singulare *odiosum* gedenken. Ein Beyspiel giebt uns die bekannte Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius, vermöge welcher auch die Söhne des Hochverräthers die Schuld ihres Vaters mit büßen sollen [33]). Dieses ist gegen die Regel des gemeinen Rechts, nach welcher der Sohn nicht tragen soll die Missethat des Vaters [34]); von welcher aber die gedachten Kaiser eine Aus-

33) *L.* 5. *C. ad L. Iul. Maiestat.* worüber die neueste und beste Schrift ist *Henr. van* ADRICHEM Diss. de poena perduellionis, veroque sensu Legis *Quisquis* 5. Cod. ad L. Iul. Maiestat. *Lugduni Batavor.* 1784.

34) *L.* 26. *D. de poenis.* *L.* 22. *C. eodem.*

Ausnahme zu machen, darum für nöthig haben finden wollen, *quia in filiis paterni h. e. hereditarii criminis exempla maturantur* [35]).

§. 99.

Einige allgemeine Sätze von Privilegien; insonderheit von deren Auslegung.

Alle Privilegien, man nehme nun das Wort in eigentlicher oder uneigentlicher Bedeutung, kommt darin mit einander überein:

1) daß sie nicht ad exemplum gezogen werden dürfen, sondern nur in denjenigen Fällen ihre Wirkung äussern, in welchen der Gesetzgeber eine Ausnahme vom Gesetz gemacht hat, nicht in andern ähnlichen Fällen, wenn gleich eben derselbe Grund vorhanden seyn sollte [36]). Es kann daher nicht von einer Sache auf die andere, nicht von einem Orte auf den andern, noch von einer Person auf die andere geschlossen werden, wenn auch gleich eine andere Person mit dem Privilegirten sich in ganz gleichen Umständen befinden sollte. Hat also z. B. der Landesherr den Cajus in einem gewissen Ehefalle dispensirt, oder ihm sonst ein Privilegium ertheilet, so kann ich mich nicht darauf berufen, wenn ich mich auch in gleichem Falle mit jenem befände [37]).

2) Pri-

35) Mit mir stimmt überein GEBAUER de privilegiis. §. XV.

36) §. 6. *I. de I. N. G. et C. L.* 14. *D. de LL.* *L.* 141. *pr. D. de Reg. iur. Cap.* 28. *de Reg. iur. in* 6to.

37) THEOPHILUS Paraphr. Institut. graeca ad §. 6. cit. *cap.* 9. *X. de privilegiis.*

2) Privilegien laſſen daher in der Regel keine ausdehnende Erklärung zu, ſondern ſie ſind ſtricte und auf eine ſolche Art zu erklären, wie ſie am wenigſten zum Nachtheil des Dritten gereichen, und mit den Vorſchriften des gemeinen Rechts am nächſten übereinſtimmen [38]). Doch aber muß die Auslegung immer ſo geſchehen, daß die wohlthätige Abſicht des Ertheilers dabey nicht verfehlt oder vereitelt werde; ſondern der Privilegirte der ihm verliehenen Gnade ſo vollkommen, als möglich, genieſſe, ſoweit es ſalvo iure tertii quaeſito geſchehen kann [39]). Man pflegt zwar insgemein bey der Erklärung der Privilegien einen Unterſchied zu machen, ob das Privilegium blos dem Landesherrn zum Nachtheil gereicht, und in ſeine Rechte allein einſchlägt, oder ob es die Freyheit anderer Perſonen einſchränkt, und meint, daß es nur in dem letztern Falle einſchränkend zu interpretiren ſey, in dem erſtern Falle hingegen, und alſo gegen den Landesherrn ſelbſt, immer ausdehnend erklärt werden müſſe [40]). Z. B. wenn das Privile-

38) *L. 7. C. de precib. imperat. offerend. L. 35. pr. Cod. de inoff. teſtam.* Allgemeines Geſetzbuch für die Preuß. Staaten. Einleitung §. 58. et 61.

39) ENENCKEL de privilegiis Lib. II. cap. 5. n. 10. BOEHMER T. II. P. I. Reſp. 190. n. 5. 6. et Reſp. 428. n. 9. MEVIUS P. IV. Deciſ. 321. n. 4. BOEHMER Diſſ. de finibus privilegiorum regundis. Cap. II. §. IX. Pütters auserleſene Rechtsfälle. 1. Bandes 2. Th. Reſp. XXXV. n. 21. 22.

40) *de* COCCEJI Iur. Controv. Lib. I. Tit. IV. Qu. 6. *Io.* VOET ad Pandect. T. I. lib. I. Tit. 10. §. 16. STRYCK Diſſertat. de privilegiorum interpretatione. cap. IV. LEYSER Spec. X. med 3. Unter den ältern Rechtsgelehrten haben dieſe Meinung beſonders *Pet.* AERODIUS in Pandectis rer. iudicatar. Lib. II. Tit. 2.

vilegium eine Befreyung von Steuern, oder die Ertheilung der Jagdgerechtigkeit, oder der Gerichtsbarkeit u. d. betrift. Denn hier komme es blos auf die Gnade und Freygebigkeit des Regenten an, welche keine bestimmte Grenzen habe. Man beruft sich deshalb auf den bekannten Ausspruch Javolens [42]), welcher sagt: *beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus.* Allein, wenn gleich unser Verfasser selbst dieser Meinung seinen Beyfall giebt, so ist sie doch in dem wahren Sinne der Gesetze nicht gegründet. Denn 1) hat auch der Regent, so wie jeder andere, die Vermuthung für sich, daß er von seinen Rechten so wenig, als möglich, habe vergeben wollen [42]). Sodann aber will auch 2) der angeführte Ausspruch Javolens gar nicht dasjenige sagen, was man damit beweisen will; indem der wahre Sinn desselben nur dahin gehet, daß ein Privilegium so erklärt werden müsse, daß die Gnade, die der Regent dadurch hat erzeigen wollen, nicht vereitelt werde, sondern diejenige vollkommene Wirkung habe, welche der Ertheiler dadurch intendirt hat [43]). Es ist daher die Meinung

cap. 1. und *Thom.* PAPILLONIUS in Comment. ad. L. 3. D. h. t. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 627.) zu vertheidigen gesucht.

41) *L. 3. D. h. t.*

42) Man vergleiche hier H. Hofr. Schnaubert's Erläuterung des in Deutschland üblichen Lehnrechts. Lib. I. Sect. I. Cap. III. §. 65. S. 110. u. folgg. und H. Prof. EMMINGHAUS ad *Coccei* ius civ. contr. h. t. Qu. 6. Not. n. pag. 72.

43) So erklären die Stelle Javolens auch *I. H.* BOEHMER in Diss. de finib. privilegior. reg. Cap. II. §. 9. und *Fratres* BECMANNI in Consil. et Dicis. P. I. Resp. I. pag. 23. u. a. m.

nung derjenigen Rechtsgelehrten [44]) den Geſetzen [45]) allerdings gemäßer, welche behaupten, daß ein Privilegium, auch ſelbſt wenn es blos die Rechte des Regenten angehet, und nur ihm allein zum Präjudiz gereicht, dennoch nicht immer deshalb extenſive erkläret werden dürfe, ſondern der Sinn deſſelben theils aus der Qualität der Perſon, welcher ſolches ertheilet worden, theils aus der Beſchaffenheit des Objects, theils aus dem bisherigen Gebrauch und Herkommen [46]), theils aber auch hauptſächlich aus dem Zweck und der Abſicht des Regenten, der das Privilegium ertheilet hat, zu beſtimmen ſey. So z. B. kann die einem Unterthan ertheilte Steuerfreyheit im Zweifel nur von den gewöhnlichen Laſten verſtanden, auf auſſerordentliche nicht vorher geſehene Fälle aber, woran der Landesherr zur Zeit des ertheilten Privilegiums nicht gedacht hat, z. B. wenn in Kriegszeiten, oder auf andere Art eine allgemeine dringende Landesnoth entſteht, keinesweges gezogen werden [47]). Wenn ferner die Gerichtsbarkeit Jemandem innerhalb eines gewiſſen Diſtricts ſchlechtweg verliehen worden iſt, und Zweifel entſteht, ob nur die niedere, oder ob auch zugleich die obere verliehen worden ſey? ſo iſt bey einem landſäßigen Unterthan eine ſolche unbeſtimmte Verleihung der Gerichts-

44) *Chriſt.* THOMASIUS in Diſſ. de interpretatione beneficiorum principis. Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 6. §. 2. S. 15. Hr. G. J. R. Walch Controv. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 7. HARTLEBEN Meditat. ad Pand. Spec. XIV. med. 2. D. WASMUTH in Diſſ. de privilegiorum natura Cap. I. §. 14. und MÜLLER ad *Leyſerum* Tom. I. Obſ. 42.

45) *L.* 2. §. 16. *D. ne quid in loco publico.*

46) Es läßt ſich allerdings auch von den Privilegien behaupten: *optima privilegiorum interpres eſt conſuetudo*, was CALLISTRATUS L. 37. D. de LL. von den Geſetzen überhaupt ſagt. S. MEVIUS P. V. Deciſ. 182. n. 7. Pütters Rechtsfälle a. a. O. n. 24. 25.

47) Hr. Geh. JuſtizR. Pütter in den auserleſenen Rechtsfällen I. Bandes 3ter Theil. Deciſ. LXXIII. n. 3. 4. u. folgg. II. Bandes 4ter Theil. Reſp. CCXXXIX. n. 40. 41. u. folgg. III. Bandes 3ter Theil. Reſp. CCLXXI. n. 70. *de* LUDEWIG Conſilia Halenſia T. II. Lib. II. Reſp. 90. n. 60.

barkeit nur von der niedern zu erklären; denn das Recht über Leben und Tod der Unterthanen ist ein viel zu wichtiges Hoheitsrecht des Landesherrn, als daß man ohne genugsamen Grund vermuthen dürfte, daß er solches seinen Unterthanen werde mitgetheilt haben. Dahingegen, wenn einem Reichsstande die Gerichtsbarkeit binnen einem gewissen District vom Kaiser unbestimmt ertheilet worden, im Zweifel zu vermuthen, daß auch die Blutgerichte mit darunter verstanden seyn [48]). Es ist indessen keinesweges zu behaupten, als ob alle extensive Auslegung bey den Privilegien schlechterdings wegfalle. Denn da doch Privilegien auch Gesetze sind, so darf die Regel, welche bey der Erklärung der Gesetze überhaupt gilt, nämlich daß auf den Zweck und die Absicht des Gesetzgebers gesehen werden müsse, hier nicht ganz ausser Augen gesetzt werden [49]). Es hat daher keinen Zweifel, daß wenn der Grund und Zweck des Privilegiums in einem gewissen, wenn gleich nicht ausdrücklich bestimmten Falle, in seiner ganzen Stärke eintritt, sodann die Anwendung des Privilegiums nicht versagt werden dürfe [50]).

Daß übrigens der Regent die Wohlthat, die er einem durch das Privilegium hat ertheilen wollen, weiter erstrecken könne, als es die Natur desselben mit sich bringt, ist ausser Zweifel [51]). Sonst aber steht dem Landesherrn die authentische Interpretation bey den Privilegien nur alsdann zu, wenn eine solche Dunkelheit oder ein solcher Zweifel vorhanden ist, welcher durch die Regeln der Auslegungskunst schlech-

48) von Buri Erläuterung des Lehnrechts 3. Fortsetz. S. 665. Hr. G. JR. Böhmer Princip iur. feudalis §. 67.

49) S. Eichmanns Erklärung des bürgerlichen Rechts 2. Th. § 99. S. 81. folg.

50) Man findet selbst in den röm. Gesetzen genug Beyspiele, wo von besondern Rechtswohlthaten ein analogischer Gebrauch gemacht und verstattet worden ist. S. L. 1. §. *ult. D. de Usur.* L. 74. *D. de iure dot.* L. 4. *D. de fundo dot.* L. 14. *D. ad SC:um Macedon.* L. 20. *D. de re iudicat.* u. a. m. Man vergleiche vorzüglich *Ge. Ios.* STEIN Diss. de privilegiorum extensione. *Erfordiae* 1725.

51) *L.* 191. *D. de Reg. Iur.*

schlechterdings nicht gehoben werden kann, wie ich schon bey einer andern Gelegenheit bemerkt habe. (S. 217.) [52]).

3) Da Privilegien eine Ausnahme vom gemeinen Rechte machen, se können sie im Zweifel nicht vermuthet werden, sondern demjenigen liegt jederzeit der Beweis ob, der sich auf ein Privilegium beruft. Denn in der Regel pflegen Privilegien nicht ordentlich bekannt gemacht zu werden. Die in unsern Korpus Juris enthaltene besondere Rechte bedürfen jedoch keines Beweises. Endlich

4) kann auch niemand in der Regel genöthiget werden, sich seines Privilegiums oder der ihm zum besten ertheilten Rechtswohlthat wider seinen Willen zu bedienen; denn Wohlthaten werden Keinem aufgedrungen. Ein jeder Privilegirte muß also die Freyheit haben, sich seines Vortheils auch begeben zu können; es wäre denn daß der Gebrauch des Privilegiums oder des besondern Rechts mit den erworbenen Gerechtsamen eines Dritten in einer so genauen Verbindung stünde, daß solchem durch die Begebung der Rechtswohlthat offenbar zu nahe geschehen würde. So z. B. darf kein academischer Gerichtsunterthan sich mit Begebung seines befreyten Gerichtsstandes der Jurisdiction der bürgerlichen Stadtobrigkeit unterwerfen [53]). Es findet daher die Verzichtleistung in Ansehung eines Privilegiums nur in sofern statt, als der Gebrauch desselben von dem freyen Willen des Entsagenden lediglich abhängt [54]).

52) Verschiedene Rechtsgelehrten haben behaupten wollen, als ob das Recht, Privilegien auszulegen, nur allein dem Regenten zustehe. Sie berufen sich deshalb auf *L. 43. pr. D. de vulg. et pupillar. substitut.* wo es heißt: Beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Allein wer sieht nicht, daß die Worte des Rechtsgelehrten blos enunciativ sind, und keinesweges eine Verordnung enthalten, daß Richter und Rechtsgelehrte sich der Auslegung in Ansehung zweifelhafter Privilegien enthalten sollen? S. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. in Prolegom. Cap. II. §. 9. WASMUTH in der angef. Diss. Cap. I. §. XII. und besonders Strubens Unterricht von Regierungs- und Justizsachen. Sect. IV. §. 28.

53) *Auth.* habita *Cod. ne filius pro patre.*

54) Hr. G. JustizR. Böhmer in Princip. iuris canon. §. 222. n. 1.

§. 100.

Eintheilung der Privilegien in Real- und Personal-Privilegien.

Privilegien können nun von mancherley Art seyn. Sieht man nämlich auf das Subject, welchem sie zustehen, so sind sie entweder persönliche, oder dingliche; je nachdem sie entweder einer Person, sie sey eine individuelle oder moralische, verliehen sind; oder aber einer Sache ankleben. Beyde sind in Ansehung der Dauer und Wirkung sehr verschieden. Denn Personalprivilegien, die einer moralischen Person z. B. einer Stadt, Academie, Zunft, u. s. m. verliehen sind [55]), dauern fort, und gehen auf alle Nachkommen über, die zu dieser privilegirten Universität gehören, und als Mitglieder anzusehen sind [56]). Solche Privilegien gehören unstreitig ad res universitatis, und das durch selbige erworbene Recht ist der Substanz nach ein Eigenthum der moralischen Person. Diese aber läßt nun ihr Recht entweder durch gewisse dazu bestellte Mitglieder selbst ausüben, z. B. die ihr verliehene Gerichtsbarkeit; oder es darf ein jedes Mitglied der Universitas das Privilegium gebrauchen, z. B. es ist derselben eine Immunität von gewissen öffentlichen Lasten, oder das Beholzigungsrecht in einem herrschaftlichen Walde, oder das Privilegium Jahrmarkt zu halten, ertheilet worden. In Ansehung des Gebrauchs kommt es also auf die Beschaffenheit des durch das Privilegium ertheilten Rechts an [57]).

Sind aber Privilegien physischen Personen ertheilet, so können diese von zweyerley Art seyn; entweder solche, die bey dem Privilegirten eine gewisse persönliche Eigenschaft voraussetzen, oder sie sind der Person selbst, ohne Rücksicht einer solchen Eigenschaft, ertheilet worden. Beyde

55) Beyspiele von solchen Privilegien enthalten die *L.* 17. *D. de excusat. tutor.* *L.* 57. *D. de reb. auct. iud. possid.* *L.* 1. §. 2. *D. ad Municipal.* *L.* 4. §. 3. *D. de Censib.*

56) *Cit. L.* 4. §. 3. *D. de Censib.*

57) *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Diss. XV, pag. 376.

Beyde kommen jedoch darinn überein, daß selbige der Regel nach auf die privilegirte Person eingeschränkt sind, und sich, ausser derselben, auf andere nicht erstrecken, auch nicht auf die Erben übergehen, sondern gleichsam mit der Person absterben [58]). Jedoch hat diese Regel ihre Ausnahmen [59]). Es giebt Privilegien, die schon ihrer Natur nach auf die Nachkommen fortgehen, wenn deren auch keine besondere Erwähnung geschehen ist. Ein Beyspiel davon giebt uns der sogenannte Brief-Adel, welcher bekanntermassen von dem geadelten Vater auf alle nach der geschehenen Nobilitirung desselben von ihm ehelich erzeugte Kinder und Nachkommen fortgepflanzet wird [60]).

Zuweilen erstrecken auch die Gesetze selbst aus besondern Ursachen persönliche Privilegien, oder derselben Wirkung Folgeweise auf andere, die mit dem Privilegirten in Verbindung stehen [61]). So z. B. nimmt die Ehefrau bekanntermassen an den persönlichen Privilegien ihres Ehemanns Antheil, und hat solche in der Regel auch noch als Wittwe zu geniessen [62]). Eben so kommt das privilegium aetatis auch den Erben des Minderjährigen zu statten [63]), und den privilegirten Vorzug der Hypothek, welche eine Ehefrau ihres Heyrathsgutes wegen auf dem sämmtlichen Vermögen des Mannes hat, geben die Gesetze auch ihren

58) *L.* 1. §. 43. *D. de aqua quotid. et aestiv. L.* 68. *D. de R. I. L.* 196. *D. eod.*

59) Von diesen Ausnahmen handelt sehr vollständig *Io. Nic.* HERT in Diss. de translatione privilegii personalis ad alios. (in EIUS *Commentationib. atque Opuscul.* Vol. I. T. 3. Diss. 2. pag. 24—40.)

60) S. Hrn. Hofr. Klübers Dissert. de nobilitate codicillari. Erlang. 1788. §. IV. Riccius vom landsässigen Adel in Teutschland. II. Th. Cap. II. § 4.

61) *Ge. Ios.* STEIN Diss. de privilegiorum extensione. *Erford.* 1725. §. XXVIII—XXXVII.

62) *L.* 13. *Cod. de Dignitat. L.* 10. *Cod. de nuptiis. L.* 6. §. *ult. C. de Profess. et Medic. L. fin. C. de incol.*

63) *L.* 18. §. *fin. L.* 19. *D. de minorib. L. un. Cod. si adversus dotem.*

Kindern[64]). Endlich kann auch ein Privilegium ausdrücklich auf eine solche Art verliehen worden seyn, daß es sich auf die Erben des Privilegirten mit erstrecken soll. Ist nun in einem solchen Falle genau bestimmt worden, was für Erben verstanden werden sollen, so ist die Sache keinem Zweifel unterworfen. Ist dieses aber nicht deutlich bestimmt worden, so können, da die Natur der Privilegien im Zweifel keine ausdehnende Erklärung erlaubt, unter den Erben oder Nachkommen der Regel nach nur die Verwandten in absteigender Linie verstanden werden, welche den Erwerber des Privilegiums zunächst beerben[65]); es wäre denn, daß der Privilegirte keine Descendenz hätte, auch dergleichen nicht mehr hoffen dürfte, und solches dem Ertheiler des Privilegiums wohl bekannt gewesen; in welchem Falle sodann, da nicht anzunehmen ist, daß der Ertheiler Worte ohne Bedeutung habe brauchen wollen, unter den Erben die nächsten Intestat-Erben des Privilegirten verstanden werden müssen[66]). Aus demselben Grunde aber ist auch zu behaupten, daß, wenn das Privilegium einem zugleich für seine Erben und Nachkommen ist ertheilet worden, dasselbe nach der Absicht des Ertheilers nicht blos den Verwandten in dem ersten Grade der absteigenden Linie, sondern auch denen im entferntern Grade zu statten kommen müsse[67]). Auf alle Nachfolger kann jedoch das Privilegium nicht erstreckt werden, denn diese Ausdehnung würde einmal wider den Sprach-

64) *L. ult.* §. 1. *Cod. qui potior. in pignore. Nov. XCI. pr. et* §. 1. S. Westphals Pfandrecht §. 82.

65) LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. XI. med. 1. und HARTLEBEN Spec. XIII. med. 1. Anderer Meinung sind zwar *a* WERNHER in Observat. forens. T. II. P. VIII. Obs. 424. und *de* PUFFENDORF in Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 25. Allein man sehe MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* T. I. Obs. 51.

66) Man vergleiche hierbey, was Hr. Reg. R. Eichmann in seinen vortreflichen Erklärungen des bürgerlichen Rechts 2. Th. S. 91. u. ff. umständlicher hierüber gesagt hat.

67) Arg. L. 13. *D. de munerib. et honor.*

Sprachgebrauch, welcher zwischen Nachkommen und Nachfolgern einen Unterschied macht, und zweytens auch wider die Natur der Privilegien streiten, welche eine einschränkende Auslegung verlangt. Ich muß hierbey noch einige Bemerkungen hinzufügen; Erstens: wenn das Privilegium dem Privilegirten auch für seine Kinder verliehen worden, so muß das Wort Kinder [68]) nach der Natur der Privilegien in seiner eigentlichen Bedeutung genommen, und kann daher nur von Descendenten des erstern Grades, nicht von Kindeskindern, verstanden werden [69]), so lange nicht die Umstände einen andern Willen des Ertheilers zu erkennen geben. Zweytens: ist das Privilegium dem Privilegirten sowohl für seine Person, als für seine Kinder und Nachkommen ertheilet worden, so ist im Zweifel nie zu vermuthen, daß solches nur auf diejenigen Nachkommen gehen solle, welche von männlicher Linie herstammen, wenn nicht entweder die Gesetze dieses ausdrücklich verordnen [70]), oder solches durch die in dem Privilegium gebrauchten Ausdrücke: Nachkommen vom Stamm und Namen des Erwerbers, oder Nachkommen in der Familie, zu erkennen gegeben worden ist. In solchen Fällen können freylich dergleichen Privilegien auf die Töchter des

68) Der lateinische Ausdruck *liberi* hat freylich einen weitläuftigern Sinn; denn unter diesem Worte werden alle Descendenten ohne Unterschied des Grades verstanden. *L.* 220. *pr. D. de V. S.* §. *ult. Inst. qui testam. tutores dari poss.* Allein dieser Sprachgebrauch kann bey Erklärung eines in der teutschen Mundart abgefaßten Privilegiums nicht untergelegt werden.

69) REINHARTH select. Observat. ad Christinaei Decisiones Vol. III. Obs. 31. pag. 45. seqq. und Vol. IV. Obs. 26. pag. 26. *Christ. Ulr.* GRUPEN Discept. Forens. pag. 458. u. 489. seqq. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Th. Resp. LIII. n. 44. S. 500.

70) Ein Beyspiel enthalten die *L.* 13. *D. de muner. et honorib.* und *L.* 1. *D. de iure immunitat.* vermöge welchen die Einem für seine Person, Kinder und Nachkommen ertheilte Befreyung von gemeinen Beschwerden blos auf diejenigen Descendenten sich erstrecken soll, welche von Mannspersonen abstammen.

des Erwerbers, welche durch Verheyrathung aus der Familie desselben herausgegangen sind, und deren Descendenz, da diese den Namen des Erwerbers nicht führt, keinesweges erstrecket werden. Ich komme nun auf die Realprivilegien, deren Wesen darin bestehet, daß sie einer gewissen Sache verliehen sind, und allen Besitzern derselben zustehen [71]). Solche Realprivilegien sind von dreyerley Art; entweder sie sind einem gewissen Grundstücke ertheilet, z. B. Steuerfreyheit, Jagdgerechtigkeit, u. dergl. oder sie sind mit dem Besitz eines gewissen Amts oder Würde verknüpft; man denke z. B. an den mit der erzbischöflichen Würde verknüpften honor pallii; oder die Gesetze haben eine gewisse Klage dergestalt privilegirt, daß jeder, der diese Klage erhebt, das damit verknüpfte Privilegium zu genieſſen haben soll. Modestin nennt ein Realprivilegium der letztern Art *privilegium causae* [72]), und Paulus [73]) giebt uns davon folgende Beschreibung: in omnibus causis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: *ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio eius devenerit, non deficiat ratio auxilii.* Es ist diese letztere Stelle aus PAULI *libro sing. de dotis repetitione* genommen, und es wären daher eigentlich aus dieser Doctrin die Beyspiele zur Erläuterung dieser Regel anzuführen; wie auch Jacob Gothofredus [74]) und mit ihm Gebauer [75]) gethan haben. Allein es wird uns erlaubt seyn, auch durch ein anders Beyspiel die Sache aufzuklären. Ein solches giebt uns die Forderung aufgewendeter Begräbnißkosten, welche ein besonderes Vorrecht vor andern Gläubigern beym Concurs haben [76]); und zwar ist dieses

71) *L.* 1. §. 43. *D. de aqua quotid. et aestiva. L.* 3. §. 1. *D. de Censib.*

72) L. 196. *D. de R. I.*

73) L. 68. *D. eodem.*

74) In Commentar. ad L. 68. cit.

75) In Diss. de privilegiis §. XVII. pag. 62.

76) L. 45. *D. de Religios. et sumtib. funer.*

dieſes der Forderung ſelbſt eigen, ſie mag mit der actione funeraria oder einer andern eingeklagt werden [77]); der Kläger mag ſolche Koſten entweder auf das Begräbniß des Schuldners ſelbſt, oder einer dritten Perſon verwendet haben, welche der Schuldner auf ſeine Koſten begraben zu laſſen verbunden geweſen [78]). Auch dem Erben und Nachfolger des Gläubigers kommt dieſes Vorzugsrecht zu ſtatten [79]).

Auſſer dieſen beyden Gattungen der Privilegien, den perſönlichen und dinglichen, nehmen die Rechtslehrer insgemein noch eine dritte an, nämlich die gemiſchten, worunter man diejenigen verſtehet, welche einer Perſon dergeſtalt ertheilet ſind, daß ſie zugleich auf die Erben gehen. Allein dieſe Theorie wird von den neuern Rechtsgelehrten mit Grunde verworfen [80]).

Nun zum Beſchluß noch einige Bemerkungen.

1) Entſteht Zweifel, ob ein Privilegium der Perſon oder Sache des Erwerbers ertheilt worden ſey, ſo iſt in einem ſolchen zweifelhaften Falle das Privilegium der Regel nach eher für ein perſönliches, als dingliches, zu halten; weil die Natur der Privilegien keine ausdehnende Erklärung zuläßt [81]). Doch kommt es auch zugleich auf die Natur und Beſchaffenheit eines jeden einzelnen Privilegiums an, daraus muß beurtheilt werden, was die eigentliche Abſicht des Ertheilers geweſen. Denn die Privilegien ſind frey-

77) L. 17. *pr. D. de reb. auct. iud. poſſid.*

78) *L.* 17. *cit.*

79) L. 31. §. 2. *D. de Religioſ.* Hierdurch erklären ſich die Worte des Modeſtins in *L.* 196. *D. de R. I.* Privilegia ad heredes transmittuntur, quae CAUSAE ſunt; quae PERSONAE, (z. B. *beneficium competentiae* L. 12. u. 13. *D. ſoluto matrim. dos quem. pet.*) ad heredem non tranſeunt.

80) Hr. Geh. R. NETTELBLADT Syſtem. elem. Iurispr. poſit. Germ. commun. general. §. 387. Eichmann a. a. O. S. 89. Höpfner im Commentar §. 49.

81) Hr. GJR. WALCH Introd. in Controverſ. iur. civ. Prolegom. Cap. II. §. 8. und D. *Chriſt. Gottl.* EINERT Exerc. iurid. privilegium in dubio magis pro perſonali quam reali reputandum eſſe. Lipſiae 1778.

freylich von so verschiedener Art, daß einige schon ihrer Natur nach die Vermuthung, daß sie der Sache ankleben, ausschliessen, andere hingegen die entgegengesetzte Vermuthung nothwendig mit sich bringen [82]).

2) Ist ein Privilegium der Person ertheilt worden, und es entsteht Zweifel, ob es mit dem Tode derselben aufhöre, oder auf die Erben gehe; so behaupten zwar mehrere angesehene Rechtsgelehrten, daß, wenn das Privilegium durch einen Vertrag erworben worden, letzteres darum zu vermuthen sey, weil Verträge in der Regel auf die Erben gehen [83]); und dieß müsse alsdann um so mehr vermuthet werden, wenn das Privilegium sogar durch einen lästigen Vertrag erworben worden wäre [84]). Allein nach der richtigern Meinung anderer Rechtsgelehrten [85]) ist vielmehr das erstere zu vermuthen, welche Meinung nicht nur mit den Gesetzen [86]), sondern auch mit der Natur der Privilegien, welche einschränkend zu erklären sind, besser übereinstimmt.

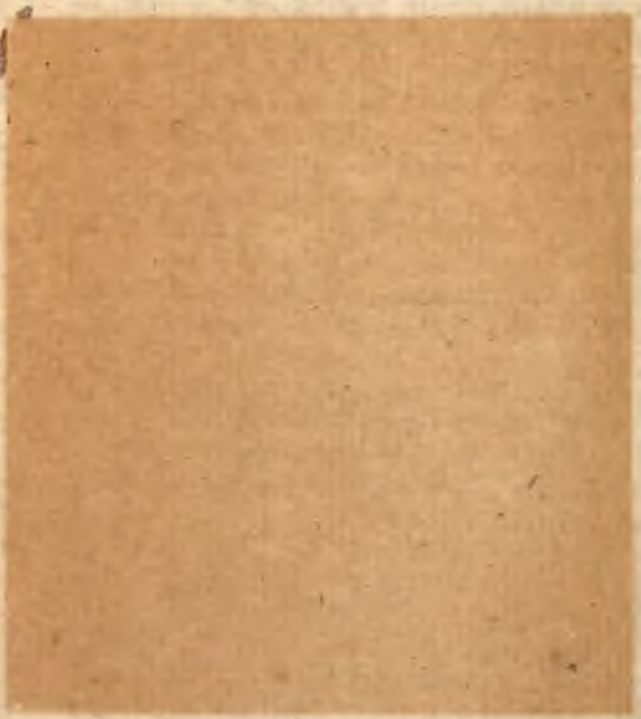
82) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. IV. not. f. pag. 69. und besonders der Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 5 Band. Medit. 304.

83) S. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. IV. HARTLEBEN in Meditat. ad Pandect. Spec. XIV. med. 5. u. a. m.

84) BERGER in Oecon. iur. Lib. I. Tit. 1. §. 25.

85) S. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts 2. Th. S. 101. wo er sehr richtig bemerkt, daß wenn gleich Verträge der Regel nach auf die Erben gehen, dennoch auch sehr viele Verträge nur blos die Person der Paciscenten allein betreffen. Daher sagt Ulpian in der L. 7 § 8. *D. de pact.* daß es auf die Absicht der Paciscenten vorzüglich ankomme, um richtig zu beurtheilen, ob das pactum in rem oder in personam sey. Man sehe auch EMMINGHAUS c. l. pag. 69. und vorzüglich GEBAUERI Diss. de privilegiis §. 17. 18. u. 19.

86) *L.* 196. *D. de Reg. iur. Cap.* 7. *de Reg. I. in 6to.*

Druckfehler.

S. 32. Not. 62. Z. 2. muß statt welche, welcher gelesen werden. S. 135. Not. 55. Z. 2. muß statt den, dem heißen. S. 143. Z. 5. von unten ist nach den Worten gleich Anfangs das Wort unbedingt einzuschalten. S. 158. Z. 3. ist statt den vielmehr dem zu lesen. S. 266. Not. 4. Z. 12. muß a contrario statt a contractio gelesen werden.